

# РЕШЕНИЕ

№ 2648

гр. София, 19.04.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 11 състав,**  
в публично заседание на 14.03.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Петя Стоилова**

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **10082** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК, вр. с чл. 27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на **СТОЛИЧНА ОБЩИНА** срещу Решение №РД-02-36-1054/20.09.2021г. на Ръководителя на УО на ОП „Региони в растеж“ (ОПРР) 2014-2020г., с което е определена финансова корекция в размер на 11 936 784,94лв. с ДДС, представляваща 25% от безвъзмездната финансова помощ по договор за обществена поръчка с изпълнител [фирма].

Според жалбоподателя решението е незаконосъобразно и необосновано. Изразява несъгласие с твърденията за допуснати нередности при провеждане на процедурата за възлагане на обществената поръчка. Счита, че фактите са неправилно квалифицирани като нарушение на чл.2, ал.1 във вр. с чл.70, ал.5 и ал.7, т.1 -3, б. „б“ от ЗОП и чл.33, ал.1 от ППЗОП и чл.54, ал.1, т.5, б. „б“ от ЗОП – незаконосъобразна методика, и чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП – незаконосъобразно отстранен участник. Изложени в жалбата са подробни съображения за незаконосъобразност на оспорения акт във връзка с приетото по отношение неяснотата на методиката, относно надграждащите елементи, както и относно твърденията за незаконосъобразно отстранен участник в обществената поръчка.

В о.с.з. жалбоподателят се представлява от адв. П., който поддържа жалбата. Претендира направените разноски в размер на 54 260,14лв. – адвокатско възнаграждение и държавна такса.

Ответникът – Ръководителят на УО на ОП „Региони в растеж“ (ОПРР) 2014-2020г., се

представлява от юрисконсулт К., която оспорва жалбата и моли за отхвърлянето ѝ като неоснователна. Прави възражения за прекомерност на искания адвокатски хонорар.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител и не дава становище по жалбата.

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

Предоставена е безвъзмездна финансова помощ по Договор № ВС16ЯРОР001-1.032-0003 -С-01 - „Реконструкция на трамваен релсов път по [улица]- от трамвайно ухо "К." до трамвайно ухо "Съдебна палата", без участие на пл. „Руски паметник" и кръстовището на [улица]и [улица]по проект № ВС16ЯРОР001-1.041-0001 „Интегриран столичен градски транспорт - фаза II", който се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж" 2014-2020г. (ОПРР).

Във връзка с изпълнението по договора е регистриран сигнал за нередност № 1738. Установено е, че е нарушена разпоредбата на чл. 160 на Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета, както и националните разпоредби: чл. 2, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1-3, б „б“ от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП - незаконосъобразна методика и чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б" от ЗОП и чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП - незаконосъобразно отстранен участник.

Регистрираният сигнал за нередност е разгледан по реда, установен в Наредбата за определяне на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от общата програма „Солидарност и управление на миграционните потоци“, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 2017г.

За регистрираната нередност, бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 99-00-6-449/17.06.2021г., в което е отразено първоначалното становище на Управляващия орган и предприетите мерки по констатираното нарушение. На Столична община е предоставена възможност да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане, за да не се налага финансова корекция. В тази връзка в законоустановения 14-дневен срок е постъпило възражение изх. № СОА18-ПП04-1-(681)701.07.2021г., в което бенефициентът излага подробни доводи за липса на нарушения. Възраженията са подробно разгледани при постановяване на обжалвания административен акт.

Решение № РД-02-36-1054/20.09.2021г. е издадено от Заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството З. Х., който със Заповед № РД-02-14-728/19.08.2021г., е определен за Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие 2007-2013г. и Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г. В качеството си на Ръководител на Управляващия орган З. Х. е оправомощен да подписва документите от междуведомствения специализиран, междуведомствения общ, международния и правния документооборот, пряко свързани с изпълнението на програмите, включително с документите, свързани с досъдебни, съдебни, охранителни и изпълнителни

производства.

С оспореното Решение е установена нередност на бенефициента СТОЛИЧНА ОБЩИНА по:

- т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.”, б. б) случаите, при които са приложени дискриминационни критерии /условия /спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от 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, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020 г. за нарушението по т. 1.1.;

- т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“, Предложение 2: „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което: - отстранен е кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени.“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от 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, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020г. за нарушението по т. 1.2.

Установени са извършени нарушения от бенефициента, както следва:

- по чл. 2, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1-3, б „б“ от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП - за нарушението „незаконосъобразна методика“;

- по чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП и чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП - за нарушението „незаконосъобразно отстранен участник“.

Определена е финансова корекция на бенефициента – СТОЛИЧНА ОБЩИНА, изчислена по пропорционален подход, представляваща 25 % финансова корекция върху поисканите за възстановяване допустими разходи по Договор № BG16RFOP001-1.041-0001-C02 – S-11 от 18.01.2021г. с изпълнител [фирма] на стойност 40 534 831,70 лв. без ДДС.

Изчислената финансова корекция е в размер на 11 936 784, 94 лв. с ДДС, представляваща 25 % от безвъзмездната финансова помощ по договор № СОА21-ДГ55-32 / BG16RFOP001-1.041-0001-C02 – S-11 от 18.01.2021г. с изпълнител [фирма], [населено място] и тя следва да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане. Неправомерният разход е изчислен върху стойността на всички допустими разходи по договора с изпълнител в размер на 47 747 139, 76лв. с ДДС и се преизчислява върху реално отчетени и допустими за верифициране разходи по договора с изпълнител, финансиран със средства от ЕСИФ.

Размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагане на пропорционален метод и по реда на чл. 3, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28 март 2017г., тъй като с оглед естеството на нарушенията не е възможно да се направи точно количествено

определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора.

1. По чл. 2, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1-3, б „б“ от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП - за нарушението „незаконосъобразна методика“.

Критерият за възлагане на проведената от Столична община обществена поръчка е въз основа на икономически най-изгодната оферта или по-точно казано - оптимално съотношение между качество и цена.

Комплексната оценка (КО) има максимална стойност 100 точки. Формулата, по която се изчислява „Комплексната оценка“ за всеки участник, е:  $КО = П1 + П2$ , където:

П1 е показател „Предложение за изпълнение на поръчката“, и

П2 е показател „Ценово предложение за изпълнение на поръчката“

Показател П1 - „Предложение за изпълнение на поръчката“, за който е предвидена максимална стойност от 50 точки.

„Предложение за изпълнение на поръчката“ — предложение за изпълнение на строителството от предмета на настоящата поръчка, съобразно нейната специфика и конкретика, относимо към постигане на заложените цели и очакваните резултати от изпълнението, която оценка е основана на съпоставка на всички оценяеми оферти и при отчитане на техническите преимущества, водещи до повишаване качеството на крайния продукт при оптимален разход на средства и време.

Общата техническа оценка на всяко едно от предложенията по показател П1 „Техническо предложение за изпълнение на поръчката“ се изчислява по следната формула:  $П1 = КТП1 + КТП2$ , където:

КТП1 - „Предложение за организация и за качествено изпълнение на строителството - до 40 точки; К. 2 - „Мерки за опазване на околната среда“ -10 точки. В

методиката е предвидена и възможност за получаване на допълнителни точки.

УО намира, че методиката по отношение на процесния технически показател П1 е незаконосъобразно определена от възложителя, тъй като е в нарушение на чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП. Доколкото същата допуска субективно оценяване, чиято резултатност е неравното третиране на участниците, в противоречие с принципите по чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, нарушението следва да се категоризира и с висока значимост на засягане на конкуренцията, тъй като относителната тежест на показателя (50% от общо 100%) има решаващо значение при определянето на изпълнител, съответно за формиране воля за участие в процедурата.

Незаконосъобразността на утвърдената от бенефициента методика се изразява в следното:

1.1. Неясна методика по отношение начина на оценяване

(1) По КТП1 е предвидено, че участниците получават „максимален бр. точки - 40“, като КТП1 се състои от няколко задължителни елемента, подробно разписани в т.1.1., 1.2. и 1.3.

От една страна, не са определени конкретните стойности/стъпки, които ще се присъждат при наличие/липса на отделните задължителни компоненти, подлежащи на оценка. От друга страна, в методиката за оценка е заложено, че участникът получава и допълнителен брой точки (20 т.), ако в техническото предложение се съдържат обстоятелства за мерки за контрол (10 т.) и мерки за намаляване на затрудненията за живущите и бизнеса (10 т.). В случая не става ясно дали тези допълнителни точки са част от 40-те максимални точки по КТП1 или ще бъдат присъждани отделно от тях. С разяснения, дадени на основание чл. 33 от ЗОП, Възложителят е указал, че този

допълнителен брой точки е част от К. 1, по който се присъждат до 40 т., т.е. по К. 1 максималният брой точки е 20. Неясен обаче остава въпросът как ще бъдат оценявани и какъв максимален брой точки участниците могат да получат за всеки един от задължителните елементи на К. 1, подробно разписани в т.1.1., 1.2. и 1.3.

Методиката за оценка следва да включва ясни правила за определянето на оценката по отделните оферти, за да може да бъде избрана икономически най-изгодната оферта. В конкретния случай използваният метод е точкова оценка без да са заложили конкретните точки спрямо въведения максимален брой точки за този подпоказател. По този начин възложителят е предоставил възможност на комисията да поставя оценки на базата на субективната си преценка, което представлява нарушение на чл.2, ал.1 от ЗОП и води до неправилно оценяване на участниците, съответно незаконосъобразно класиране на първо място на участник.

Бенефициентът е изложил възражение, че в методиката е предвидено, че участниците могат да получават „максимален бр. точки – 40“, като обаче има и структурирано обяснение при какви условия ще се присъждат 20т.+10т.+10т. на офертите на отделните участници. УО счита, че неясен остава въпросът как ще бъдат оценявани и какъв максимален брой точки участниците могат да получат за всеки един от задължителните елементи на К. 1, подробно разписани в т.1.1., 1.2. и 1.3. Намира, че методиката е неясна и объркваща, в резултат на което участниците не разполагат с достатъчно информация за оценката на офертите си. Освен това, няма указания как ще се преценява в хода на оценката дали предложението съдържа „ясна организационна схема на персонала“. УО счита, че разписания критерий е субективно оценен и неясен. Участниците са лишени от информация какво съдържание трябва да има техническото предложение, за да получат съответния максимален брой точки. Освен това, така разписано условието по т. 1.2. и т. 1.3. не представя необходимите обективни критерии, въз основа на които помощния орган да оцени и спрямо който да съпостави съответното техническо предложение. Преценката, дали предложено гарантира осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд, опазване на околната среда и пожарна безопасност и дали отразява ясна организационна схема на персонала, ще е субективна, тъй като не почива на предварително определени обективни критерии. Тези въведени изисквания създават условия за неравно третиране на участниците, както и неяснота относно начина на подготовка на техническите им предложения. Прегледът на заложените условия за постигане на максимална оценка установява наличие на съществени пороци, изразяващи се в липса на достатъчно информация за потенциалните участници за подготовка на техническите им предложения, което води и до предпоставки за субективно третиране на показателя от членовете на комисията.

Горното нарушение е прието за съществено, тъй като неясният начин на оценяване създава предпоставки за прилагане на различен оценъчен подход спрямо едно и също обстоятелство, поради което влияе възпиращо върху потенциалните участници и създава условия за неравно третиране на участниците. Това е в пряко нарушение на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, публичност и прозрачност.

1.2. УО обръща внимание и на начина на формулиране на надграждащите елементи. Първият надграждащ елемент носи 10 допълнителни точки и е следният:

„А) Предложението на участника включва и следните мерки:

Контрол на качеството по време на изпълнението на СМР – предложени са

конкретни начини за контрол върху изпълнението на задачите от ръководния състав и строителните работници на участника, както и отчитането на резултатите и спазване на изискванията за качество на СМР по всички части на инвестиционния проект.

Контрол върху изискуемото качество на материалите, влагани в строителството по всички части на инвестиционния проект.“

От така формулирания надграждащ елемент, според решението на УО може да се изведе извод, че възложителят не държи на качествено изпълнение на строителството и на материалите при заложените базови изисквания за оценка на техническо предложение (които се оценяват с 20 точки), като УО, счита, че същото е недопустимо с оглед предмета на поръчката. Качественото изпълнение на предмета на поръчката следва да бъде гарантирано от всеки един участник независимо дали техническото му предложение е оценено с 20 или с 30 точки.

Вторият надграждащ елемент също носи 10 допълнителни точки и е следният:

„Б) Предложението на участника включва и мерки за намаляване на затрудненията за живущите и бизнеса (собственици, наематели на търговски площи) в целевата зона, обект на интервенция, при изпълнение на СМР, като:

1. Участникът е анализирал аспектите на ежедневието и проявленията на отрицателно влияние на строителния процес върху тях на база предвидените работи в одобрения инвестиционен проект, конкретните особености на обекта и опита на участника при изпълнението на подобни обекти,

2. Участникът е определил мерки за намаляване на затрудненията по всеки един от идентифицираните от възложителя аспекти на ежедневието, а именно:

-физически достъп;

-достъп до услуги (обществен транспорт, водоснабдяване, електроснабдяване, топло- и газоснабдяване, сметосъбиране и др.).

Имайки предвид предмета на конкретната поръчка – строителство, така формулираният надграждащ елемент по никакъв начин не допринася за по-качественото изпълнение. Бенефициентът е изразил принципно несъгласие със становището на УО без обаче по никакъв да обоснове как наличието на изброените точки ще осигурят по-високо качество на изпълнението. В методологията е изброено какво следва да съдържа предложението на участника относно мерки за намаляване на затрудненията за живущите и бизнеса, за да получи 10 допълнителни точки:

-анализ на аспектите на ежедневието и проявленията на отрицателно влияние на строителния процес върху тях;

-мерки за намаляване на затрудненията по всеки един от идентифицираните от възложителя аспекти на ежедневието, а именно: физически достъп; достъп до услуги;

-описание на това как ще осъществи мониторинг на проявленията на отрицателно влияние на строителния процес върху аспектите на ежедневието по време на изпълнението на договора, както и дейности за контрол върху изпълнението на предложените мерки.

УО не приема възражението на бенефициента, че методиката е изготвена в съответствие с разпоредбата на чл. 33. ал. 1. изр. 2 от ППЗОП. УО счита, че посочените по-горе обстоятелства водят до натрупване на точки в зависимост от предложението на участника. Възложителят е одобрил процесния критерий за възлагане при съществен порок, тъй като е допуснал техническото

предложение на участник да бъде оценявано с допълнителни точки, единствено поради начина на представяне на информацията - съобразно неговата подробност и начин на описание на дейностите, предмет на поръчката. Възложителят е допуснал да се оценява пълнотата на изложението. Обективно, над минималното съдържание, изискано от възложителя, няма надграждащи обстоятелства по отношение качеството на изпълнение. По този начин възложителят не е предоставил на потенциалните участници да представят техническо предложение, което в най-голяма степен ще удовлетвори изискванията му, тъй като от заложените изисквания към този показател е видно, че се дава акцент на пълнотата, описание и т.н., което/които няма да допринесат за по-качествено постигане на очакваните резултати от изпълнението на поръчката. Методиката е твърде усложнена, изброява се множество, кумулативно посочени елементи: анализ на аспектите на ежедневието и проявленията на отрицателно влияние на строителния процес върху тях; мерки за намаляване на затрудненията по всеки един от идентифицираните от възложителя аспекти на ежедневието; описание на това как ще осъществи мониторинг на проявленията на отрицателно влияние на строителния процес.

С оглед на гореизложеното, УО на ОПРР приема, че е налице нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1-3, б. „б“ от ЗОП, във връзка с чл. 70, ал. 5 от ЗОП и във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП, нарушен е и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, тъй като е одобрена и приложена незаконосъобразна методика, което нарушава принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, публичност и прозрачност.

2. По чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП - за нарушението „незаконосъобразно отстранен участник“.

Участникът в процедурата Обединение „Г. – Ю. Г. - Т.“ (Обединението) е отстранен с Решение № СОА20-РД92 311/09.12.2020 г. на възложителя на основание чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП. В офертата на участника комисията е констатирала две несъответствия: по отношение на квалификацията на предложения ръководител екип и пропуски по отношение на използването на капацитета на трети лица. Пропуските по отношение на квалификацията на предложения ръководител екип, участникът е отстранил в указания срок и комисията е приела, че е налице съответствие с изискванията на Възложителя. Участникът е отстранен от процедурата във връзка с втория констатиран пропуск в офертата - участие на третото лице. Комисията се е позовала на разпоредбата на чл. 65, ал. 2 във вр. с § 2, т. 34 от ДР на ЗОП. Прието е, че доколкото в случая капацитетът на третото лице ще се ползва за установяване на съответствието с критериите, свързани с опит за изпълнение на поръчката, третото лице следва да участва в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет. Участникът е отстранен с мотив, че това обстоятелство не е отразено в ЕЕДОП и третото лице не е посочено като подизпълнител.

УО счита отстраняването за незаконосъобразно, тъй като не споделя направеното от комисията тълкуване на фигурата на „третото лице“ и квалифицирането му като „подизпълнител“. В допълнително представения ЕЕДОП на Обединението, участникът е декларирал, че ще ползва капацитета

на трето лице - [фирма] за доказване на изискването на възложителя относно опита. Неоснователно, според УО комисията се позовава на § 2, т. 34 от ЗОП и приема, че третото лице следва да се квалифицира като подизпълнител. Прилагайки подобно тълкуване, комисията необосновано изключва фигурата на третото лице като такова, изисквайки то да бъде ангажирано като подизпълнител. Разпоредбата на чл. 65, ал. 2 от ЗОП регламентира, че по отношение на критериите, свързани с професионална компетентност и опит за изпълнение на поръчката, кандидатите или участниците могат да използват капацитета на трети лица, само ако тези лица ще участват в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет. В офертата това участие е доказано чрез представената от третото лице декларация, с което се удостоверяват поетите от третите лица задължения.

По отношение на възражението на бенефициента, че ЕЕДОП на [фирма] съдържа оскъдна информация за дружеството и неговия предходен опит, че липсва допълнителна информация, която е посочено, че следва да се попълни относно специалните разрешения за поръчки за услуги, че липсва информация за годишния оборот, както и информация по отношение на техническите лица или органи за контрола на качество, УО обръща внимание, че участникът Обединение „Г. – Ю. Г. - Т.“ е декларирал, че третото лице [фирма] ще се ползва за установяване на съответствието с критериите, свързани с опит за изпълнение на поръчката. По отношение на останалите критерии за подбор участникът няма да се ползва от капацитета на [фирма]. В тази връзка не е необходимо [фирма] да декларира в представения от него ЕЕДОП информация напр. за оборот или технически лица и органи и съответно третото лице е декларирало в ЕЕДОП цялата изискуема информация, относима към неговата роля в процедурата.

УО счита, че възложителят незаконосъобразно е отстранил участника Обединение „Г. – Ю. Г. - Т.“, в противоречие с чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП.

Комисията - в нарушение на правомощията си по чл.54 ППЗОП и в противоречие със закона, въпреки че не изисква конкретни документи, незаконосъобразно насочва участника да квалифицира третото лице като подизпълнител, попълвайки ЕЕДОП с информация по чл. 65, ал. 2 във вр. с § 2, т. 34 от ДР на ЗОП. По този начин, комисията дава възможност на участника под формата на отстраняване на несъответствие в документите по чл.39, ал.2 ППЗОП, да промени и допълни самото техническо предложение, чрез въвеждане на подизпълнител, какъвто изобщо не е предвиден в офертата.

УО на ОПРР счита, че участникът Обединение „Г. – Ю. Г. - Т.“ е отстранен неоснователно, на формално основание и съответно отстраняването му е незаконосъобразно. В тази връзка е нарушена разпоредбата на чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП и чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП.

*При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 11-ти състав направи следните правни изводи:*

Жалбата е допустима, като подадена в срок срещу подлежащ на оспорване индивидуален административен акт и от лице, което има правен интерес. Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.



Оспорваният акт отговаря на изискванията на чл. 59, ал. 2 от АПК, съдържа всички задължителни реквизити, включително фактическите и правните основания, обосновали издаването му. При постановяването на акта не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, които да бъдат определени като съществени и които да мотивират неговата отмяна. Решението е издадено от оправомощено лице в рамките на делегираната му компетентност, при достатъчно посочване на фактическите и правните мотиви за определяне на финансовата корекция.

Издаденият административен акт е правилен и законосъобразен, издаден след направен пълен анализ на действията извършени от бенефициента, като безспорно е установено, че са налице и трите фактически елемента на дефиницията за „нередност“, включително и финансови последици за бюджета на Европейския съюз. Финансовата корекция е определена в съответствие с материалноправните разпоредби.

#### 1. Незаконсъобразна методика.

Както правилно административния орган е посочил в решението си, така заложените от възложителя критерии водят до възможност, назначената комисия да поставя оценки на базата на субективната си преценка, което представлява нарушение на чл. 2, ал.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) и води до неправилно оценяване на участниците, съответно незаконсъобразно класиране на първо място на участник. В жалбата, а също и в депозираното преди това възражение, бенефициентът е посочил, че в заложената методика е предвидено участниците да получават „максимален брой точки -40“, като е дадено и обяснение при какви условия ще се присъждат 20 т.+ 10 т.+10 т. на офертите на отделните участници. В случая обаче неясен остава въпросът как ще бъдат оценявани и какъв максимален брой точки участниците могат да получат за всеки един от задължителните елементи на К. 1, подробно разписани в т. 1.1., 1.2. и 1.3 от методиката по проведената обществена поръчка. Не са определени конкретните стойности, които ще се присъждат при наличие/липса на отделните задължителни компоненти, подлежащи на оценка. Освен това в методиката за оценка е заложено, че участникът получава и допълнителен брой точки (20т.), когато в техническото предложение се съдържат обстоятелства за мерки за контрол (10 т.) и мерки за намаляване на затрудненията за живущите и бизнеса (10 т.). Не става ясно обаче, тези допълнителни точки част ли са от 40-те максимални точки по КТП1 или ще бъдат присъждани отделно от тях.

Неоснователно се твърди, че в закона не се съдържа ограничение възложителят да определя субективни показатели за оценка, при условие, че са налице конкретни и ясни условия, на които следва да отговарят предложенията, за да се присъдят определен брой точки. В случая, при така заложената методика се създава неяснота и объркване, в резултат на което участниците не разполагат с достатъчно информация за оценката на офертите си. Принципът на равно третиране налага оферентите да разполагат с еднакви възможности и следователно към тях да се прилагат едни и същи условия. От друга страна, задължението за прозрачност, което произтича от този принцип има за цел да гарантира, че не съществува риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган. Това задължение

предполага реда за провеждане на процедурата за възлагане да е ясен и да позволява на всички участници да разберат условията на обявената поръчка, като същевременно дадат възможност на възлагащия орган наистина да провери дали офертите съответстват с критериите на разглежданата поръчка. Определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителите, като те сами формулират такива показатели, които имат преимуществено значение за избора им на изпълнител, като посочват самостоятелно и тяхната относителна тежест. За да бъде обаче методиката законосъобразна, тя трябва да бъде създадена така, че при нейното прилагане да се стигне до обективно класиране на офертите, което да определи успешния участник. Методиката трябва да бъде предвидима и ясна, тоест участниците да са наясно още преди подаването на офертата колко точки биха могли да получат при представяне на своята техническа оферта, както и да преценят какво точно да предложат, за да получат максимален брой точки по съответния показател. В настоящия случай, обаче, възложителят не е осигурил достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по този показател, с което е нарушил разпоредбата на чл. 70, ал. 7, т. 1 - 3, буква „б“, във връзка с чл. 70, ал. 5 от ЗОП. В същия смисъл е Решение № 11993/23.08.2019г., постановено по адм. дело № 15410/2018г. на ВАС, VII отделение: „принципът на прозрачност изисква указанията за оценяване да бъдат посочени ясно, точно и недвусмислено в обявлението за поръчка и в документацията така, че да дадат възможност на всички разумно информирани и полагащи обичайна грижа участници да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин, както и да се позволи на възложителя ефективно да провери дали офертите отговарят на критериите решение от 10 май 2012г., Комисията срещу Кралство Н., С-368/10, ЕЦС:2012:284, т. 109“

Неяснота се констатира в заложеното от бенефициента в точка 1.2. от К. 1, в която е посочено - Организацията „гарантира осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд, опазване на околната среда и пожарна безопасност“. В действащото законодателство е регламентирано осигуряването на здравословни и безопасни условия на труд, както и пожарната безопасност, но в случая, възложителят е изискал гаранции за спазването на тези условия, което е различно от осигуряването им. Нормативната уредба е основата, с която следва да е съобразена всяка една методика при провеждане на процедура по възлагане на обществена поръчка, но в никакъв случай нормативната уредба не може да замести начина за оценка по една поръчка. Липсват ясно разписани правила и условия за оценка, за да могат участниците да подготвят техническите си предложения така, че да получат възможно най-голям брой точки, което от своя страна води и до незаконосъобразност на процесната поръчка.

По отношение разписаното в точка 1.3 от методиката, липсват указания как точно ще се преценява дали предложенията на кандидатите съдържат „ясна организационна схема на персонала“. Неоснователни са възраженията, че въпросът за организационната схема на персонала е житейски обоснован. Участниците са лишени от информация какво съдържание трябва да има

техническото предложение, за да получат съответния максимален брой точки. Освен това, така разписаните условия по т. 1.2. и т. 1.3. не представят необходимите обективни критерии, въз основа на които помощния орган да оцени и спрямо който да съпостави съответното техническо предложение. Тези въведени изисквания създават условия за неравно третиране на участниците, както и неяснота относно начина на подготовка на техническите им предложения. Прегледът на заложените условия за постигане на максимална оценка установява наличие на съществени пороци, изразяващи се в липса на достатъчно информация за потенциалните участници за подготовка на техническите им предложения, което води и до предпоставки за субективно третиране на показателя от членовете на комисията.

Нарушението е съществено, тъй като неясният начин на оценяване създава предпоставки за прилагане на различен оценъчен подход спрямо едно и също обстоятелство, поради което влияе възпиращо върху потенциалните участници и създава условия за неравно третиране на участниците. Това е в пряко нарушение на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, публичност и прозрачност.

2. Н. елементи по проведената обществена поръчка от Столична община.

От формулираният първи надграждащ елемент може да се изведе извод, че възложителят не държи на качествено изпълнение на строителството и на материалите при заложените базови изисквания за оценка на техническо предложение (които се оценяват с 20 точки), което е недопустимо с оглед предмета на поръчката. Качественото изпълнение следва да бъде гарантирано от всеки един участник независимо дали техническото му предложение е оценено с 20 или с 30 точки.

Според възложителя не може да се обоснове пряк извод, че при липсата на някой от тези елементи, дори и допуснат до класиране участник, няма да предостави качествено изпълнение на поръчката. Бенефициентът прави разграничение между „контрол на качеството по време на изпълнението“ и изпълнението на поръчката като цяло. Възраженията на жалбоподателя са неоснователни, тъй като при обществени поръчки с предмет строителство, качеството на изпълнение на СМР и качеството на вложените в строителството материали гарантират доброто изпълнение на поръчката като цяло. Тъй като става въпрос за разходване на публични средства, то качеството на влаганите материали и качеството на СМР трябва да се гарантира от всеки един участник, а не само от тези, чието техническо предложение съдържа надграждащи елементи.

По отношение на втория надграждащ елемент, който също носи 10 допълнителни точки, не се споделя становището, че той допринася за по-качественото изпълнение. Бенефициентът е изразил принципно несъгласие със становището на Управляващия орган, но без да се обоснове, как наличието на изброените точки ще осигурят по-високо качество на изпълнението. В методиката е изброено, какво следва да съдържа предложението на участника, относно мерки за намаляване на затрудненията за живущите и бизнеса, за да получи 10 допълнителни точки, а именно: анализ на аспектите на ежедневието и проявленията на отрицателно влияние на-строителния процес върху тях; мерки за намаляване на затрудненията по

всеки един от идентифицираните от възложителя аспекти на ежедневието, а именно: физически достъп; достъп до услуги; описание на това как ще осъществи мониторинг на проявленията на отрицателно влияние на строителния процес върху аспектите на ежедневието по време на изпълнението на договора, както и дейности за контрол върху изпълнението на предложените мерки.

Така заложените изисквания водят единствено до натрупване на точки в зависимост от предложението на участника и противно на твърденията на жалбоподателя по никакъв начин не отговарят на изискванията посочени в разпоредбата на чл. 33, ал. 1. изр. 2 от ППЗОП. Възложителят е одобрил процесния критерий за възлагане при съществен порок, тъй като е допуснал техническото предложение на участник да бъде оценявано с допълнителни точки, единствено поради начина на представяне на информацията - съобразно неговата подробност и начин на описание на дейностите, предмет на поръчката.

Установява се, че над минималното съдържание, изискано от възложителя, няма надграждащи обстоятелства по отношение качеството на изпълнение. По този начин възложителят не е предоставил на потенциалните участници да представят техническо предложение, което в най-голяма степен ще удовлетвори изискванията му, тъй като от заложеното в документацията по проведената обществена поръчка е видно, че се дава акцент на пълнота и описание, но което по никакъв начин няма да допринесе за по-качествено постигане на очакваните резултати от изпълнението на поръчката.

Съгласно императивната разпоредба на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други документи, свързани с организацията на изпълнение на дейностите, доколкото представят изпълнението в съответствие с офертата на участника и изискванията на възложителя. Пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите. Разпоредбата не следва да се тълкува стеснително - само планове и графици, но и всеки друг документ, свързан с организацията на изпълнение на дейностите (включващ пълнотата и начинът на представяне на тази информация) не може да се използва като показател за оценка на офертите.

Освен чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, констатира се нарушение и на чл. 70, ал. 4, т. 2 от ЗОП, съгласно която разпоредба показателите, включени в критерия по ал. 2, т. 3 (критерий за оценка - оптимално съотношение качество/цена), могат да съдържат: организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката.

2. По отношение на незаконосъобразно отстранения участник от проведената процедура по ЗОП.

Участникът в процедурата Обединение „Г. Ю. Г. Т.“ е отстранен с Решение № СОА20-РД92 311/09.12.2020 г. на възложителя на основание чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП. В офертата на участника, комисията е констатирала две несъответствия, свързани с квалификацията на

предложения ръководител екип и използването на капацитета на трети лица. Дадени са указания на участникът, който в указания от комисията срок е отстранил констатирания пропуск по отношение на квалификацията на предложения ръководител екип. По отношение на втория констатиран пропуск, а именно - участие на трето лице, комисията се е позовала на чл. 65, ал. 2 във връзка с § 2, т. 34 от ДР на ЗОП и е отстранила „Г. Ю. Г. Т.“. Прието е, че доколкото в случая капацитетът на третото лице ще се ползва за установяване на съответствието с критериите, свързани с опит за изпълнение на поръчката, третото лице следва да участва в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет. Участникът е отстранен с мотив, че това обстоятелство не е отразено в ЕЕДОП и третото лице не е посочено като подизпълнител.

Комисията неправилно е изтъкувала фигурата на „третото лице“ като „подизпълнител“. В допълнително представения ЕЕДОП на Обединението, участникът е декларирал, че ще ползва капацитета на трето лице [фирма] за доказване на изискването на възложителя, относно опита, а комисията неоснователно е приела, че съгласно § 2, т. 34 от ЗОП третото лице следва да се квалифицира като подизпълнител.

Разпоредбата на чл. 65, ал. 2 от ЗОП регламентира, че по отношение на критериите, свързани с професионална компетентност и опит за изпълнение на поръчката, кандидатите или участниците могат да използват капацитета на трети лица, само ако тези лица ще участват в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет. В офертата това участие е доказано чрез представената от третото лице декларация, с което се удостоверяват поетите задължения. В този смисъл е и Решение № 13868 от 17.10.2019 г. по адм. д. № 6711/2019 г. на ВАС, според което третото лице по чл. 65 от ЗОП и подизпълнителят по чл. 66 от ЗОП са отделни правни фигури по ЗОП, и противно на изводите на комисията, те не се припокриват, респ. ако участникът използва капацитет на трето лице, не е необходимо да го ангажира като подизпълнител. Няма припокриване между „третото лице“ по чл. 65 от ЗОП и „подизпълнителят“ по чл. 66 от ЗОП, тъй като чл. 65, ал. 2 от ЗОП касае само критериите за професионална компетентност и опит. Чл. 65 от ЗОП е приет в изпълнение на Директива 2014/24. В тази връзка, съгласно чл. 10, ал. 1 от ЗОП, националното законодателство е дало принципната възможност за обединение на физически и юридически лица с цел участие в поръчка. Като видно от раздела, регламентиращ критериите за подбор, е включил както възможността за използване (позоваване) на капацитета на трети лица - чл. 65, така и конкретно изискванията към подизпълнителя за изпълнението на поръчката - чл. 66 ЗОП. Поставянето на двете разпоредби - за възможността за използване (позоваване) на капацитета на третите лица и за изискванията към подизпълнителите в един и същ раздел, относим към критериите за подбор, създава предпоставки за приемане на две различни форми на обединение на участниците, чрез така нареченото „пряко използване на ресурсите на трети лица“. Общото понятие е използването на капацитета на „трети лица“ (други субекти), а частното е „подизпълнител“. Доказателство за това тълкуване от една страна е изменението на дефиницията на „подизпълнител“ - §2, т. 34 от ДР на ЗОП (в сила от 01.03.2019г.), която

изрично дефинира подизпълнителя като трето лице, а от друга страна член 63, параграф 1 от Директивата, и чл. 65, ал. 1 ЗОП изрично посочват, че използването на капацитета на трето лице е „независимо от правния характер на отношенията“. ( В същия смисъл Решение 4696 от 22.04.2020г. на ВАС по адм. дело № 3429/2019г.)

Съгласно чл. 65, ал. 3 от ЗОП, когато кандидатът или участникът се позовава на капацитета на трети лица, той трябва да може да докаже, че ще разполага с техните ресурси, като представи документи за поетите от третите лица задължения. В конкретния случай в офертата участникът е доказал, че ще ползва ресурсите на трето лице чрез декларация от [фирма], която удостоверява поетите от третото лице ангажименти. В представената декларация, дружеството е декларирало, че е съгласно да участва като трето лице на Обединение „Г. - Ю. Г. – Т.“, и че отговаря на съответните критерии за подбор, за доказването на които участникът се позовава на капацитета му, както и че не са налице основания за отстраняване от процедурата. В декларацията е посочено още, че ще участва в изпълнението на 34% от ККМ, включена в обхвата на обществената поръчка. Предвид изложеното, Обединение „Г. Ю. Г. – Т.“ е представило необходимите документи за доказване на поетите от третото лице [фирма] задължения.

Възложителят незаконосъобразно е отстранил участника на основание чл. 54, ал. 1, т. 5, буква „б“ от ЗОП. Посочената разпоредба сочи, че възложителят отстранява от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка кандидат или участник, когато не е предоставил изискваща се информация, свързана с удостоверяване липсата на основания за отстраняване или изпълнението на критериите за подбор. Съгласно чл. 67, ал. 1 от ЗОП - при подаване на заявление за участие или оферта кандидатът или участникът декларира липсата на основанията за отстраняване и съответствие с критериите за подбор чрез представяне на единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП).

Горните обстоятелства се декларират към датата на подаване на офертата, като фактическото им доказване се извършва от участника спечелил обществената поръчка. Видно от документацията по поръчката е, че към датата на подаване на офертата на Обединение „Г. -- Ю. Г. – Т.“ е представило както ЕЕДОП на Обединението, така и ЕЕДОП от третото лице [фирма], в които е декларирана липса на основания за отстраняване и изпълнение на критерии за подбор. Обединение „Г. - Ю. Г. – Т.“ се е позовало на капацитета на третото лице [фирма] само по отношение на изискуемия опит, като е посочил информация за проектите, въз основа на които последния е придобил своя опит. Освен това по отношение на същите проекти [фирма] е декларирал опит и чрез представяне на отделен ЕЕДОП.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че в представения отделен ЕЕДОП се съдържа оскъдна информация за дружеството и неговия предходен опит, включително, че липсва информация и за годишния оборот на дружеството и информация за техническите лица и органи на контрола за качество и др. Информацията, която [фирма] е следвало да предостави на възложителя е свързана само с неговия опит, а Обединение „Г. - Ю. Г. – Т.“ е незаконосъобразно отстранен от възложителя в нарушение на чл. 54, ал. 1, т.

5, буква „б“ от ЗОП.

Във връзка с направените възражения по отношение професионалната квалификация и компетентност на лицата, които от името на УО на ОПРР са преглеждали документацията за участие в обществената поръчка, включително съставителите на сигнала, настоящият съдебен състав не счита, че в рамките на това производство е компетентен да ги проверява и да се произнася, тъй като този въпрос е неотнормен към законосъобразността на оспорения акт. Въпреки това намира за нужно да отбележи, че юридическото образование на лицата, извършили проверката за които се представиха доказателства - адв. П. и адв. Й. им дава адекватната и достатъчна експертиза, която е била необходима за случая.

Предвид изложеното, бенефициентът Столична община от обективна страна е осъществила и трите елемента на нередност, дефинирани чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013 на Европейския парламент и 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 отмяна на Регламент (ЕО) 1083/2006 на Съвета, съгласно която „нередност“ означава 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.

Оспореният административен акт е правилен и законосъобразен, издаден след направен подробен анализ на констатираните от УО на ОПРР нарушения, след обсъждане на възраженията на бенефициента, при което безспорно е установено, че са налице и трите фактически елемента на „нередност“, включително и финансови последици за бюджета на Европейския съюз.

Съгласно чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство.

Обстоятелството дали нарушенията са възпрепятствали необосновано участието на други лица в процедурата, както и финансовото отражение, което е задължително при налагането на финансови корекции съгласно чл. 3, ал. 1 от Наредбата, се презюмира и не следва да бъде предмет на отделно доказване. В този смисъл са Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата

на чл. 2, т. 7 от Регламент №1083/2006 г. и се стига до заключение, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. За сметка на това няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата: „Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез прилагането на диференциален метод, а когато това е невъзможно -чрез пропорционален метод“. Финансовата корекция е определена при спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции, съгласно разпоредбата на чл. 7 от 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 при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи (какъвто е настоящия случай), процентът на финансови корекции не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което следва да се определи обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен в случая на 25 % от допустимите разходи по сключения договор.

Предвид, че жалбата се оказва неоснователна, следва да се отхвърли, а на ответника да се присъди поисканото юрисконсултско възнаграждение, което съдът определя на основание чл.25, ал.2 от НЗПП, вр. с чл.78, ал.8 от ГПК, вр. с чл.144 от АПК на 450 / четиристотин и петдесет/ лева.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 11-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

#### РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на СТОЛИЧНА ОБЩИНА срещу Решение №РД-02-36-1054/20.09.2021г. на Ръководителя на УО на ОП „Региони в растеж“ ( ОППР) 2014-2020г., с което е определена финансова корекция в размер на 11 936 784,94лв. с ДДС, представляваща 25% от безвъзмездната финансова помощ по договор за обществена поръчка с изпълнител [фирма].  
ОСЪЖДА СТОЛИЧНА ОБЩИНА да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството юрисконсултско възнаграждение в размер на 450 / четиристотин и петдесет/ лева.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред ВАС в 14-дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ: