

РЕШЕНИЕ

№ 3811

гр. София, 13.07.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 23.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **3729** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Министерство на правосъдието, представлявано от министъра срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2020–227/10.04.2020г., издадено от Директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерски съвет и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП „Добро управление“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху допустимите, засегнати от нарушението по договор № 93-00-332/21.11.2019г. Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна. В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призован, не се представлява, не изразява становище по жалбата.

Ответникът Директор на Дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

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

Министерство на правосъдието е бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Добро управление“ 2014-2020, сключен с Администрацията на МС, за изпълнение на проект № BG05SFOP001-3.001-0014-C01/03.10.2017 г., „Насърчаване използването на медиацията като алтернативен способ за решаване на спорове.“

В изпълнение на задълженията си по договора, В. Министерство на правосъдието е провел открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Разработване и внедряване на Централизиран електронен портал за медиация“, открита с Решение № ЛС-07-52/28.05.2019г., номер на поръчката в РОП 00106-2019-0008. С Решение № ЛС-07-101/13.09.2019г. В. е класирал участниците и е определил за изпълнител на обществената поръчка [фирма]. Сключен е договор № 93-00-332/21.11.2019 г. с избрания изпълнител [фирма] на стойност 188 800 лв. без ДДС, или 226 560 лв. с ДДС.

При извършения от УО по ОПДУ последващ контрол за законосъобразност са констатирани нарушения на ЗОП и ППЗОП при провеждането на откритата процедура с предмет „Разработване и внедряване на Централизиран електронен портал за медиация“, ограничавачи достъпа на участници и съставляващи основание за установяване на нередност и налагане на финансова корекция. Допуснатите от бенефициента нарушения при възлагането на цитираната обществена поръчка се изразяват в незаконосъобразни критерии за възлагане, които ограничават достъпа на участници.

По този повод, Управляващият орган е започнал процедура по администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, с писмо с изходящ деловоден № 02.50-15/10.02.2020г. /рег. № BG05SFOP001-3.001-0014-C04-M066/10.02.2020г. в ИСУН / бенефициентът е уведомен за установени нарушения на ЗОП и ППЗОП, изразяващи се в следното: нарушаване на императивни разпоредби на ЗОП – чл.70, ал.4 – чрез включване на показател за оценка, който не е допустим по закон, на чл.70, ал.5 – чрез допускане на неограничена свобода на избор, която не гарантира реална конкуренция, чл.70, ал.7, т.1 и т.2, нарушение на основополагащи принципи по чл. 2, ал. 1, т. 1 (равнопоставеност и недопускане на дискриминация) и т. 2 (свободна конкуренция) и чл. 2, ал. 2 (ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка) от ЗОП. На бенефициента е предоставена възможност да се запознае и да представи своите писмени възражения и евентуално допълнителни доказателства по всяко от констатираните нарушения, тяхната правна квалификация и възможните правни последици — приложимата финансова корекция съобразно Наредбата за посочване на нередности. На основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ИСУН) и за провеждане на производства пред управляващите органи посредством ИСУН (Наредбата за ИСУН), писмото е изпратено чрез информационната система, раздел „Кореспонденция“ към съответния договор за БФП, с рег. № BG05SFOP001-3.001-0014-C04-M066/10.02.2020 г.

Писменото възражение на бенефициента по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, с изх. рег. № 93-00-332/24.02.2020 г. е постъпило в електронен формат по реда на чл. 35, ал.

1 от Наредбата за ИСУН, с рег. № BG05SFOP001-0014-C04-M069/24.02.2020г. в същия раздел на информационната система. Обосновката/възражението на бенефициента по горните констатации, съдържащи се в писмо с рег. № в ИСУН BG05SFOP001-3.001-0014-C04-M069/24.02.2020г. се състои в следното: Б. отрича наличието и финансовото отражение на посочените от УО нарушения на ЗОП и ППЗОП, съответно и тяхната правна квалификация като нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, като излага следните мотиви (в курсив и кавички).

С оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2020–227/10.04.2020г., издадено от Директор на Дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ 2014-2020, на основание чл.70, ал. 1, т.9 и чл. 73, ал.1-3 във вр. с чл.9, ал.5, чл.49, ал.2, т.1, чл.70, ал.1, т.9 и ал.2, чл.71, ал.1-4 и чл.72, ал. 1-5 от ЗУСЕСИФ, чл. 2, ал. 1, чл. 3 и чл. 5 от Наредбата за посочване на нередности и Заповед Р-90/10.05.2017 г. на Министър-председателя на Република България, на Министерство на правосъдието, е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 93-00-332/21.11.2019 г. с [фирма], финансирани по ОПДУ, на основание точка 11, буква „б“, колона 3 (по отношение на процедури по чл. 20, ал. 1 от ЗОП) 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министър- председателът, който със Заповед № Р-90/10.05.2017г., на основание чл.77а, ал.1, т.1 - 3 и ал.2 от У. правилник на МС и неговата администрация, чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ, е възложил на И. П. – Директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на МС, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнпроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Определен е критерий за оценка на офертите по чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП: оптимално съотношение качество/цена, с показател 1 „Техническа оценка (ТО)“ с максимален брой точки 100 и относителна тежест 40% в комплексната оценка на офертите и показател 2 „Ц. оценка (ЦО)“ с максимален брой точки 100 и относителна тежест 60%. Съгласно „Критерии за възлагане на поръчката и методика за определяне на комплексната оценка на офертите“, съставляващи неразделна част от документацията за обществената поръчка, оценката по показателя ТО „ се формира като сума от отделните под-показатели за оценка на качеството съобразно следната формула:

$ТО_{п} = (T1_{п} + T2_{п} + T3_{п}) \times 100/50$, където:

ТО_п е техническата оценка на предложението на п-тия участник;

T1_п е подпоказател 1 „ Управление на проектните дейности и управление на качеството “ на п-тия участник;

T2_п е подпоказател 2 „Осигуряване на съответствие на Централизирания електронен портал за медиация с изискванията на европейския регламент за защита на личните данни — GDPR “ на п-тия участник;

T3_п е подпоказател 3 „Предложен срок за гаранционна поддръжка“ на п-тия участник “.

Начинът на оценяване по показателя ТО е описан подробно в Таблица 2 от същия документ.

Подпоказателят T2 „Осигуряване на съответствие на Централизирания електронен портал за медиация с изискванията на европейския регламент за защита на личните данни - GDPR“ не попада в обхвата на допустимите показатели за оценка на оптималното съотношение качество/цена съгласно чл. 70, ал. 4 във връзка с чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП. Осигуряването на съответствие с приложимите нормативни изисквания не може да бъде измерител на качество и ниво на изпълнението, по което техническите предложения в офертите на участниците да бъдат обективно оценени и сравнени, тъй като не се отнася до „технически параметри, естетически и функционални характеристики, достъпност, предназначение за всички потребители, социални, екологични и иновативни характеристики и иновативни търговски техники и условия“, „организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“ или „обслужване и поддръжка, техническа помощ и условия.“ С използването на показател за оценка, който не е допустим по закон, възложителят е нарушил чл. 70, ал. 4 от ЗОП.

УО по ОПДУ е разгледал и аргументирано е отговорил на всяко едно от възраженията на жалбоподателя, като последните се повтарят и в жалбата пред съда. Съответствието с нормативните изисквания, в случая европейския регламент за защита на личните данни GDPR, представлява задължително условие за законосъобразното изпълнение на възлаганите дейности и като такова е изрично зададено като минимално изискване в т. 8 „Изисквания към изпълнението на дейностите по проекта“, т. 8.1 „Дейност 1: Разработване на Централизиран електронен портал за медиация“, т. 8.1.1 „Описание на дейност 1“ на стр. 53 от Техническото задание: „Софтуерната разработка трябва да отговаря на изискванията на европейския регламент за защита на личните данни - GDPR. Изпълнителят трябва да реализира необходимата функционалност, като се предвиди при пренос на данни криптиране и декриптиране на файлове, анонимизиране на личните данни и т.н.“ От

формулировката на същия подпоказател („Участникът е предложил мерки за осигуряване на съответствие на Централизирания електронен портал за медиация с регламента за защита на личните данни GDPR“) става ясно, че мерките, независимо от техния брой, се отнасят до изпълнение на директно приложимите на територията на Европейския съюз императивни норми на регламента GDPR относно защитата на личните данни и съответно до съобразеното с тях минимално изискване съгласно т. 8.1.1 от Техническото задание. Участници, в чиито технически предложения липсва предложение по този подпоказател, следва да бъдат отстранени от участие поради несъответствие с минималното изискване по т. 8.1.1 от Техническото задание вместо да бъдат оценени само по наличните предложения, относими към останалите подпоказатели. Изрични разяснения за това правило са въведени от самия Възложител в документа „Критерии за възлагане на поръчката и методика за определяне на комплексната оценка на офертите“: „На комплексна оценка за оценяване на икономически най-изгодната оферта съгласно чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, подлежат офертите на участници в процедурата, които не са отстранени от участие в процедурата, и които отговарят на предварително обявените условия за допустимост...Участниците, чиито технически и ценови предложения не отговарят на изискванията на Възложителя, ще бъдат отстранени от по-нататъшно участие поради несъответствие с условията, поставени от възложителя...В случай че в офертата на участника липсва даден подпоказател за формиране на ТО, а са налице само минималните изисквания съгласно техническата спецификация на Възложителя, тогава участникът няма да получи точки за съответния под-показател “.

Ето защо, правилен е изводът на УО на ОПДУ, че подпоказателят Т2 е формулиран в нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, при което В. е допуснал възможността офертата на участник, който подлежи на отстраняване поради несъответствие с предварително обявените условия за изпълнение на поръчката, да бъде оценена (по останалите подпоказатели) и класирана съобразно методиката за комплексна оценка на офертите, което има пряко отражение върху крайния резултат от провеждането на обществената поръчка — избора на изпълнител.

В т. 1.2 от Протокол № 3/30.08.2019 г. от заседанията на комисията за провеждане на процедурата са цитирани конкретните мерки (5 бр.), предложени от избрания за изпълнител участник [фирма], за които съобразно методиката за комплексна оценка участникът е получил максималният брой точки - 10 - по подпоказателя Т2. Видно от офертата и описанието на мерките в протокола, същите попадат в обхвата на цитираната обща формулировка в Техническото задание „Изпълнителят трябва да реализира необходимата функционалност, като се предвиди при пренос на данни криптиране и декриптиране на файлове, анонимизиране на личните данни и т.н. “ Поради общата формулировка на минималните изисквания в Техническото задание и липсата в документацията/методиката за комплексна оценка на ясни и конкретни условия, на които следва да отговарят предложените мерки, които подлежат на оценяване, не е изяснено по какви обективни, предварително оповестени критерии оценителната комисия е достигнала до заключението че „Описаните 5 (пет) конкретни мерки В. оценява като надграждащо изискванията в Техническото задание обстоятелство“. Конкретният обхват на минималните изисквания на Възложителя, неизпълнението на които би довело до отстраняване на участника от процедурата, както и надграждащите компоненти/информация, са оставени на субективната, макар професионална, преценка на членовете на комисията, както е видно от цитираното

заключение по отношение на избрания изпълнител. Пояснението в методиката за комплексна оценка на офертите по отношение на подпоказателя T2, че „предложени мерки, за които участникът не е дал обосновка за избора им и по какъв начин те ще спомогнат за осигуряване на съответствие на портала с GDPR няма да се оценяват “ не може да бъде сметено за поставяне на ясни и конкретни условия, на които следва да отговарят тези мерки, за да бъдат сметени за надграждащи обстоятелства, още повече че осигуряването на съответствие на портала с GDPR съставлява минимално изискване съгласно Техническото задание, заложен в горесцитираното изречение „Софтуерната разработка трябва да отговаря на изискванията на европейския регламент за защита на личните данни — GDPR“. Поради липсата на ясни и конкретни както минимални изисквания, така и условия, на които подлежащите на оценяване мерки за осигуряване на съответствие с GDPR да отговарят, за да бъдат сметени за надграждащи над минималните изисквания, В. е допуснал:

- неограничена свобода на избор, която не гарантира реална конкуренция, в нарушение на чл. 70, ал. 5, изречение трето от ЗОП;

- начинът на оценяване по подпоказателя T2 не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП;

- нарушение на изречение трето от императивната норма на чл. 33, ал. 1 от Правилника за прилагане на ЗОП (ППЗОП), както и оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в техническите предложения на участниците, в нарушение на изречение второ от чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Към оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията навежда и оценяването (присъждането на точки по този подпоказател съобразно методиката за комплексна оценка на офертите) на броя предложени мерки за осигуряване на съответствие с GDPR. Присъждат се различен брой точки за различна степен на увереност/гаранции (количествено натрупване на мерки), която предложението създава за осигуряване на съответствието - 10 точки (максимално) за 3 предложени мерки, 5 точки за 2 предложени мерки и 1 точка за 1 предложена мярка;

- във връзка с гореизброените нарушения - и нарушение на основополагащите принципи по чл. 2, ал. 1, т. 1 (равнопоставеност и недопускане на дискриминация) и т. 2 (свободна конкуренция) и чл. 2, ал. 2 (ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка) от ЗОП.

Липсата на ясни и обективни критерии/условия, съобразно които мерките за осигуряване на съответствие с GDPR да бъдат считани за надграждащи

спрямо минималните изисквания в Техническото задание и по този начин да може да бъде обективно оценено и сравнено нивото и качеството на изпълнение, а вместо това — оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в техническите предложения на участниците съобразно субективната преценка на членовете на оценителната комисия, създава неравнопоставеност между участниците и ограничава конкуренцията, като необосновано дава предимство на участници, предложили по-голям брой мерки спрямо други участници, предложили по-малък брой или пропуснали да предложат такива мерки, за постигане на същия краен резултат по отношение на качеството на техническото предложение - изпълнение, независимо колко детайлно е предложено, на минималните изисквания на регламента и възложителя по отношение на защитата на личните данни.

По подпоказателя Г1 „Управление на проектните дейности и управление на качеството“ се присъждат 20 (максимум), 10 или 5 точки за наличието съответно на три, две или едно от трите цитирани обстоятелства, формулировката на които **не съдържа надграждащи елементи** над съответните минимални изисквания в Техническото задание, **а ги пояснява и детайлизира.**

Отношение към трите подлежащи на оценяване обстоятелства имат следните минимални изисквания:

- **В подраздел 5.3. „Управление на проекта“:**

*„Участниците трябва да предложат методология за управление на проекта, която смятат да приложат, като се посочат дейности за управление на изпълнението на поръчката. В своите предложения участниците трябва да обосноват избора си на методология и да посочат как тя ще бъде адаптирана по време на изпълнение на поръчката и как ще помогне за изпълнението на целите на проекта...Методологията за управление на проекта трябва да включва подробно описание на: фазите на проекта; организация на изпълнение...Участниците трябва да опишат в техническите си предложения **подход за осигуряване на качеството на проектните резултати, който трябва да включва осигуряване на качеството и полагане на усилия за непрекъснато подобряване на работата за удовлетворяване на изискванията на Възложителя. В своите технически предложения участниците трябва да предложат график за изпълнение на проекта, в който да опишат дейностите и стъпките за тяхното изпълнение максимално детайлно, като покажат логическата връзка между тях**“.*

- **В подраздел 6.1. „Изготвяне на детайлна техническа**

спецификация“:

„Изготвянето на спецификацията включва следните основни задачи: .../ Дефиниране на детайлни изисквания и бизнес процеси, които трябва да се реализират в системата“...

Детайлната техническа спецификация трябва да предоставя описание на движението/достъпа на документи между портала, ЕРМ и потребителите, контрол на движението и изпълнението на електронните административни услуги и свързаните с тях процеси.

Изготвянето на детайлната техническа спецификация изисква дефиниране на модели на бизнес процеси, политика за сигурност и защита на данните, основни изграждащи блокове, транзакции, технология на взаимодействие, мониторинг на системата, спецификация на номенклатурите, роли в системата и други... “

- В подраздел 7.2.2 „Системна и приложна архитектура“:

„ Трябва да бъде реализирана функционалност за текущ мониторинг, анализ и контрол на изпълнението на бизнес процесите в системата “.

От цитираните изисквания на Техническото задание се разбира, че минимално изискване на Възложителя е да опише подробно както фазите на проекта (на предмета на настоящата обществена поръчка), така и дейностите и стъпките за тяхното изпълнение под график, детайлно дефиниране на всички бизнес процеси при изпълнението на поръчката, а също така подход за осигуряване на качеството на проектните резултати и да се осигури функционалност за текущ мониторинг, анализ и контрол на изпълнението на бизнес процесите в системата. По отношение на регулярния мониторинг на изпълнението на проектните дейности В. предвижда като минимум в раздел 9.6. от Техническото задание изготвяне на регулярни доклади (встъпителен, междинни и окончателен) за статуса и напредъка на изпълнението на поръчката. В раздел 6 са описани 9 минимални етапа на изпълнение на проекта и изискванията за тяхното изпълнение, като с оглед еднократното използване на термина „фаза“ в подраздел 5.3 по отношение на методологията за управление на проекта, може да се направи извод, че „фаза“ е използвана от Възложителя като синоним на „етап“ в тяхното общоприето значение, но в методологията за управление участниците могат да предвидят и други етапи и подетапи над минималните съгласно раздел 6. Видно от т. 2.8.1.1.2 от Протокол № 2 от работата на оценителната комисия, предложените от избрания за изпълнител участник [фирма] фази съобразно методологията RUP съответстват на конкретно посочени етапи от раздел 6 от Техническото задание.

Във връзка с това, от една страна, във формулировката на подлежащите

на оценка обстоятелства от подпоказателя T1 са **използвани понятия, които създават неяснота и предполагат субективизъм** при присъждане на оценките от комисията на Възложителя: *„процесите, които ще се прилагат за всяка фаза на проекта“*, *„средства или процедури за проследяване напредъка по изпълнение на поръчката“* и *„действия за осигуряване на качеството на изпълнение“*. Те оставят на оценителната комисия, назначена от Възложителя, неограничена свобода на избор, която не гарантира реална конкуренция, в нарушение на чл. 70, ал. 5, изречение трето от ЗОП. Не става ясно дали и по какъв начин подлежащите на оценяване „процеси“, „средства и/или процедури“ и „действия“ надграждат посочените минимални изисквания в Техническото задание, така че да бъде възможно обективно да бъде оценено и сравнено предложеното ниво, качество на изпълнение във всяка оферта, или ги възпроизвеждат и детайлизират, в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Видно от т. 2.8.1.2 от Протокол № 2 от работата на оценителната комисия, при обсъждането в мотивите на Приложение № 2 от техническото предложение на изборния за изпълнител участник [фирма] комисията разглежда посочените от участника бизнес процеси за всеки отделен етап съгласно раздел 6 от Техническото задание. Дефинирането на такива бизнес процеси е задължително минимално изискване съгласно Техническото задание. По отношение на управлението на качеството, от изложените мотиви в т. 2.8.2.2 от Протокол № 2 от работата на оценителната комисия става ясно, че предложените от [фирма] действия за осигуряване на качеството на изпълнение на всеки етап от проекта са част от общото планиране на качеството по фази и дейности на проекта, като го детайлизират.

Освен допуснатия субективизъм при оценката на комисията, тази неяснота създава предпоставка за недопустимо оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в техническите предложения, допълнително подчертана в третото обстоятелство чрез оценяването на минимален брой (2) предложени действия за осигуряване на качеството, в нарушение на изречение второ и трето от чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. От друга страна, тъй като съгласно минималните изисквания в Техническото задание всички етапи/фази, дейности и бизнес процеси, включително организацията и сроковете по тяхното изпълнение, подход за осигуряване на качеството и мониторинг (текущ и регулярен) на изпълнението, следва да бъдат ясно, точно и детайлно описани в техническите предложения, поради непосочването на ясни и обективни надграждащи качества/елементи във всяко от трите оценявани обстоятелства и допуснатата в методиката за комплексна оценка възможност всяко едно

от трите обстоятелства да липсва в техническото предложение на участниците, при липсата на което и да било от трите обстоятелства участникът следва да бъде отстранен поради неизпълнение на съответните минимални изисквания на Техническата спецификация, а не допуснат до комплексна оценка и оценен по този и/или останалите показатели и подпоказатели, в нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Въпреки липсата на действително финансово влияние на това нарушение в конкретния случай, тъй като избраният изпълнител е посочил предложения и по трите обстоятелства, потенциалната вреда за бюджета на Европейския съюз е налице със самото създаване на възможност за оценяване на непълно техническо предложение.

Във връзка с гореизброените нарушения, с формулирането на обстоятелствата от подпоказателя T1 са нарушени и основополагащите принципи по чл. 2, ал. 1, т. 1 (равнопоставеност и недопускане на дискриминация) и т. 2 (свободна конкуренция) и чл. 2, ал. 2 (ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка) от ЗОП. Липсата на ясни и обективни критерии/условия, съобразно които оценяваните процеси от фазите на проекта, средства и/или процедури за проследяване напредъка по изпълнението на поръчката и действия за осигуряване на качеството на изпълнение да бъдат считани за надграждащи спрямо минималните изисквания в Техническото задание и по този начин да може да бъде обективно оценено и сравнено нивото и качеството на изпълнение, а вместо това - оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в техническите предложения на участниците съобразно субективната преценка на членовете на оценителната комисия, създава неравнопоставеност между участниците и ограничава конкуренцията, като необосновано дава предимство на участници, изпълнили в по-висока степен и по-детайлно изискванията на Възложителя, спрямо други участници, изпълнили с пропуски (вместо да бъдат отстранени) или в по-малко детайли съответните изисквания на Възложителя.

Посочените нарушения при формулирането на подпоказателите T2 и T1 от показателя TO от комплексната оценка на офертите попадат в обхвата на определението за нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и § 1, т. 2 от Допълнителните разпоредби (ДР) на Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173/13.07.2016 г. Нередността е нарушение на

разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. нередност е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Установеното нарушение има финансово отражение предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно. Налице е финансово отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на Европейския съюз. При определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице „доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.“ Регламент (ЕС) № 1303/2013г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да „има или би имало“ за последица нанасянето на вреда. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз. Допуснатите от бенефициента нарушения при възлагането на цитираната обществена поръчка, изразяващи се в незаконосъобразни критерии за възлагане, които ограничават достъпа на участници, е нарушение, което „би имало“ за последица нанасянето на вреда в бюджета на Европейския съюз.

Размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В случая се прилага пропорционалния метод. Съгласно чл. 5 ал. 1 от Наредбата размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалния метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (каквото е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата 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 ЗУСЕСИФ, са посочени в приложение 1. Видно от него, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвиден и съответен процентен показател на финансовата корекция.

Съгласно чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Определеният процентен показател по изречение първо се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания.

Доколкото е безспорно установено, че в проведената процедура, потенциални участници са възпрепятствани от участие поради посочените ограничаващи конкуренцията подпоказатели (Т1 и Т2) за оценка на офертите, за всички посочени нарушения е приложима финансова корекция по точка 11 (*„използване на... критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“*), буква „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 Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. (действаща редакция ДВ. бр. 67 от 23 август 2019 г.) (Наредбата). Това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 93-00-332/21.11.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 188 800 лв. без ДДС. При наличието на съответните условия, УО е длъжен да съобрази и приложи същите при определянето на размера на финансовата корекция, т.е. тук УО действа в условията на обвързана компетентност.

При определяне на приложимостта на процентния показател по б. „б“ Управляващият орган е взел предвид обстоятелствата, че е осигурено минимално ниво на конкуренция, като са получени четири оферти и са класирани три от тях. Поради сходството на вида нередност, по реда на чл. 72, алинеи 1, 3 и 4 от ЗУСЕСИФ и членове 5 и 7 от Наредбата, УО на ОПДУ правилно е определил една финансова корекция за всички посочени нарушения, които бъдат установени като нередност, в размер

равен на най-високия процент (в случая еднакъв), приложим за всяка от нередностите - 5%, съответно върху изразходваните средства-допустими разходи по засегнатия договор с [фирма].“

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на Министерство на правосъдието, не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които съдът определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 200 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на правосъдието, представлявано от министъра срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2020–227/10.04.2020г., издадено от УО на ОП „Добро управление“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху допустимите, засегнати от нарушението по договор № 93-00-332/21.11.2019г.

ОСЪЖДА Министерство на правосъдието, представлявано от Д. К. - министър на правосъдието, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление С. 1040, [улица], да заплати на Министерски съвет на Република България сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:

