

РЕШЕНИЕ

№ 5392

гр. София, 16.09.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 71 състав,
в публично заседание на 06.07.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Бозуков

при участието на секретаря Десислава В Симеонова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разгледа дело номер **5277** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на НАЦИОНАЛНО СДРУЖЕНИЕ НА ОБЩИНИТЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ Булстат[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица] представлявано от С. Г. - изпълнителен директор, срещу Решение № ФК-2021-279 от 17.05.2021 г. за определяне на финансова корекция, издадено от Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление”, с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 и Заповед № Р- 73/14.05.2021 г. на Министър-председателя на Република България, определя на НСОРБ в качеството му на бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-2.015-0001-CO1/ 10.04.2020 г., са определени: финансова корекция в размер на 10 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатия договор № K01 / 15.02.2021 г., сключен с изпълнител Обединение "Общински капацитет - 2020" по обособена позиция 1, на основание т. 11, б. „а” 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., като сключеният договор е на стойност 381000 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания и финансова корекция в размер на 5 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатите договори № К02 / 15.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д. "Обединени Обучения България" по обособена позиция 2; № КОЗ / 16.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д ЕНД Д К. О. по обособена позиция 3: № К04 / 16.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д. "Е. обучения" по обособена позиция 4, на основание 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., като сключеният договор К02 е на стойност 341568 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания, сключеният договор КОЗ е на стойност 362 664.60 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания и сключеният договор К04 е на стойност 339 816 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания.

С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение като незаконосъобразно постановено, при съществени нарушения на приложимия процесуален и материален закон и неспазване на изискуемата от закона форма. Жалбоподателят НАЦИОНАЛНО СДРУЖЕНИЕ НА ОБЩИНИТЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ ПРЕДТСВЛЯВАНО ОТ С. Г. - ИЗП. ДИРЕКТОР, редовно призован, се представлява от адв. Б., която моли съдът да отмени обжалвания административен акт като незаконосъобразен. Поддържа изложеното в жалбата. Моли за срок за писмени бележки. Претендира разноси, за което представя списък с доказателства за извършеното плащане.

Ответникът РЪКОВОДИТЕЛЯ НА УПРАВЛЯВАЩИЯ ОРГАН НА ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА " ДОБРО УПРАВЛЕНИЕ ", ЧРЕЗ И. К. - ГЛ. ЕКСПЕРТ, ОТДЕЛ "МОНИТОРИНГ И ВЕРИФИКАЦИЯ", редовно призован, се представлява от юрк. К., който моли съдът да остави без уважение жалбата и потвърди обжалвания административен акт като правилен и законосъобразен. Подробни съображения излага в отговора на жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар.

ЗА СГП, редовно уведомена, се явява прокурор Н., която намира жалбата за неоснователна.

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

НАЦИОНАЛНО СДРУЖЕНИЕ НА ОБЩИНИТЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ е бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-2.015-0001-C01 / 10.04.2020 г.

Във връзка с цитирания договор НСОРБ е провело обществена поръчка с предмет: "Обучения за подобряване капацитета на общинските служители", с 5 обособени позиции, с номер в Р. 01035-2020-0002 от 12.06.2020 г. и сключени договори: № К01 / 15.02.2021 с Обединение "Общински капацитет -2020" по ОП1; № К02 / 15.02.2021 - с Д. "Обединени Обучения България" по ОП2; № КОЗ / 16.02.2021 - с Д ЕНД Д К. О. по О. и № К04 / 16.02.2021 - с Д. "Е. обучения" по ОП4.

Във връзка с извършена проверка от УО на ОПДУ, бенефициентът е уведомен с

писмо № BG05SFOP001-2.015-0001-C01-M021, за констатирани нарушения на ЗОП при провеждането на обществена поръчка

В обхвата на проверката били обособени позиции 1,2, 3 и 4.

Писмото е изпратено, 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 (наричана за краткост „Наредбата“), чрез информационната система на 25.03.2021 г.

Бенефициентът е възразил по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ чрез ИСУН с писмо вх. № BG05SFOP001-2.015-0001-C01-M022 на 07.04.2021 г.

Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка на обществената поръчка.

В хода на проверката било констатирано, че липсват документи в ИСУН:

1) Доказателство за изпратено обявление за обществената поръчка до Официален вестник на ЕС (потвърждение за получаване на обявлението, получено от Службата за публикации на ЕС).

2) Доказателство за изпратено обявление за изменение или допълнителна информация до ОБЕС и Р. (потвърждение за получаване на обявлението на Службата за публикации на ЕС).

3) Следните документи, представени от Д. "Е. обучения"- изпълнител по об. позиция 4 преди сключване на договора:

3.1. Свидетелство за съдимост на Г. А. К. - К. - Управител на [фирма]

3.2. Свидетелство за съдимост на Е. Г. А. - представляващ Д. „ЕКО ОБУЧЕНИЯ“

3.3. Свидетелство за съдимост на Л. А. Г. - управител на [фирма].

3.4. Удостоверение изх. № 20210114103833 от 14.01.2021 г. издадено от Агенция по вписванията на [фирма] за липсата на основанията по чл. 55, ал. 1, т. 1 от ЗОП

3.5. Удостоверение изх. № 2021011422954 от 14.01.2021 г. издадено от Агенция по вписванията на [фирма] за липсата на основанията по чл. 55, ал. 1, т. 1 от ЗОП

3.6. Удостоверение от органите на Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда“ за липса на обстоятелства по чл. 54, ал. 1, т. 4 от ЗОП на [фирма]

3.7. Удостоверение от органите на Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда“ за липса на обстоятелства по чл. 54, ал. 1, т. 4 от ЗОП на Д енд Д Консултант“ О..

3.8. Декларация по чл. 42, ал. 2, т. 2 от ЗМИП от Г. А. К. - К. - управител на [фирма].

3.9. Декларация по чл. 42, ал. 2, т. 2 от ЗМИП от Е. Г. А. - представляващ Д. „Е. ОБУЧЕНИЯ“

3.10. Декларация по чл. 42, ал. 2, т. 2 от ЗМИП от Л. А. Г. - управител на [фирма].

3.11. Декларация по чл. 59, ал. 1, и по чл. 66, ал. от ЗМИП Г. А. К. - К. - управител на [фирма].

3.12. Декларация по чл. 59, ал. 1, и по чл. 66, ал. 2 от ЗМИП от Л. А. Г.-управител на [фирма].

Горепосочените документи са представени в ИСУН по обособена позиция 2 (за [фирма]) и по об. позиция 3 (за [фирма]), но следвало да бъдат представени и за обособена позиция 4.

Установена била още Незаконосъобразна методика.

„Качество на организацията на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката” - максимален бр. точки 100 (и относителна тежест 60%).

Ценово предложение - максимален бр. точки 100 (и относителна тежест 40%).

Участникът предложил концепция за организация на персонала, при която е налично едно, две, три или четири от следните обстоятелства (като се присъждат съответно 25, 50, 75 и 100 точки):

„1. За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача (за целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати);

2. Предложени са мерки за вътрешен контрол, комуникация и взаимодействие на екипа от експерти, включително механизми за осигуряване на качествено изпълнение на поръчката;

3. Обоснована е връзката между задачите и отговорностите на всеки от експертите и постигането на целите и очакваните резултати от поръчката при изпълнението на всяка една от дейностите.

4. Посочени са начини, мерки, организационни действия и конкретни задачи на персонала за постигане на ефективна комуникация, координация и взаимодействие с възложителя и с трети лица, имащи отношение към изпълнението на поръчката“.

Оценката по показателя „Качество на организацията на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката” обхваща разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, мерки за вътрешен контрол, комуникация и взаимодействие на екипа от експерти, механизми за осигуряване на качествено изпълнение на поръчката, обосноваване на връзката между задачите и отговорностите на експертите и постигането на целите и очакваните резултати, посочване на начини, мерки, организационни действия и конкретни задачи на персонала за постигане на ефективна комуникация, координация и взаимодействие с възложителя и с трети лица.

В чл. 70, ал. 4, т. 2 от ЗОП е предвидена възможност да се оценява организация и професионална компетентност на персонала, но не начина по който е описана тази организация в техническото предложение.

Гореописаното не давало възможност да се сравняват достатъчно обективно техническите предложения на кандидатите. Имало описателен характер. Самото описание и изброяване не давало възможност на оценителите да съпоставят техническите предложения и да преценят кое предложение гарантира по-качествено

изпълнение, тъй като нямало обективни критерии за съпоставяне.

По този начин се допускало оценка на пълнотата, описанието, а не нивото на изпълнение на всяка оферта, без значение дали се оценява организацията на изпълнение на дейностите или организацията на персонала, а съгласно чл. 33, ал. 1 от ППЗОП пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не можело да се използва като показател за оценка на офертите.

С така заложения критерий за възлагане според УО е нарушен чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 от ЗОП.

В резултат на горе изложеното, изведеното нарушение е относимо към т. 11,б, „а“ („използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“) 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., тъй като по обособена позиция 1 са получени 2 оферти, но едната е отстранена на етап протокол 1 и не е допусната до техническа оценка.

Това обосновавало определянето на финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключения договор № К01 / 15.02.2021 с Обединение "Общински капацитет -2020" по обособена позиция 1;

Изведеното нарушение е относимо към т. 11, б. „б“ („използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“) („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 № 57/28.03.2017 г.

Това обосновавало определянето на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по следните сключени договори:

№ К02 / 15.02.2021 - с Д. "Обединени Обучения България" по ОП2;

№ КОЗ / 16.02:2021 - с Д ЕНД Д К. О. по О.;

№ К04 / 16.02.2021 - с Д. "Е. обучения" ОП4.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е предоставен двуседмичен срок за представяне на писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост прилагане на доказателства.

Относно констатацията в т. 1 бенефициентът е представил чрез ИСУН съответните липсващи документи (в раздел „Кореспонденция“ и в раздел „Процедури за избор на изпълнител и сключени договори“) и съответно констатацията отпадала.

Относно констатацията т. II бенефициентът възразил в законоустановения срок.

След запознаване с обосновката на бенефициентът, УО на ОПДУ не възприел

становището и счел, че са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСУСИФ и Регламент ЕС № 1303/2013 г.

С оглед на гореизложеното УО приел, че са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., т.е. фактическият състав е изпълнен:

- нарушение на правото на Европейския съюз - проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона (заложения критерий за възлагане противоречат на основните принципи в чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, в нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл.33, ал. 1 от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, с което са нарушени императивни норми на ЗОП и ППЗОП);
- извършено чрез действие на възложителя;
- субект на нередността - НСОРБ -бенефициент;
- вреда на общия бюджет на Европейския съюз - сумата, с която би бил ощетен бюджетът на Европейския съюз в следствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка без да са били налице основни принципи и законови цели, а именно законосъобразно разходване на средствата;
- причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - с така заложения критерий за възлагане (методика за оценка) не се гарантира обективно определяне на изпълнителя на обществената поръчка, с икономически най-изгодната оферта, което има разубеждаващ/възпиращ ефект спрямо потенциалните участници, а това закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз в определения от УО процентен показател от допустимите разходи.

УО се произнесъл и по размера на Финансовата корекция, като в случая приложил 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 (какъвто 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), са посочени в Приложение 1. Видно от Приложението, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвидено и съответен процентен показател на финансовите корекции.

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.

Предвид гореизложеното и след като обсъдил събраните писмени доказателства, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, Заповед № Р- 73/14.05.2021 г. на Министър-председателя на Република България, УО определил финансова корекция в размер на 10 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатият договор № K01 / 15.02.2021 г., сключен с изпълнител Обединение "Общински капацитет - 2020" по обособена позиция 1, на основание т. 11, б. „а" 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., като сключеният договор е на стойност 381000 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания и финансова корекция в размер на 5 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатите договори № K02 / 15.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д. "Обединени Обучения България" по обособена позиция 2; № K03 / 16.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д ЕНД Д К. О. по обособена позиция 3; № K04 / 16.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д. "Е. обучения" по обособена позиция 4, на основание 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., като сключеният договор K02 е на стойност 341568 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания, сключеният договор K03 е на стойност 362 664.60 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания и сключеният договор K04 е на стойност 339 816 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания.

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 71 –ви състав направи следните правни изводи:

Жалбата е подадена чрез административния орган до съда от надлежна страна имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Съобразно разпоредбата на чл. 168, ал.1 от АПК, съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Решението за определяне на финансовата корекция е издадено от

компетентен орган.

ИАА е издаден след спазване на процедурата на чл. 73, ал.2 ЗУСЕСИФ със съответното решение по смисъла на чл. 73, ал.1 ЗУСЕСИФ.

Съдът намира жалбата за неоснователна и недоказана. В хода на административното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения. Решение № ФК-2021-263 от 04.01.2021 г. за определяне на финансова корекция съдържа нормативно установените реквизити, определени в чл. 59, ал. 2 от АПК. Видно от съдържанието на обжалвания административен акт, предмет на настоящия спор, същият е издаден от компетентен административен орган - Ръководителя на УО на ОП „Добро управление“ - оправомощен съгласно Заповед № Р-73/14.05.2021 г. на Министър-председателя на Република България. Решението е издадено в предвидената от закона (чл. 59, ал. 2 АПК) писмена форма.

Материалната компетентност на Ръководителя на УО на ОП „Добро управление“, произтича от чл. 77а, ал. 1, т. 1 и 3 и ал. 2 от Устройствения правилник на Министерския съвет и на неговата администрация, приет с Постановление № 229 на Министерския съвет от 2009 г., чл. 9, ал. 5 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) и § 4 от Преходните и заключителните разпоредби на Постановление № 162 на Министерския съвет от 2016 г., обн. ДВ. бр. 53 от 12 Ю. 2016 г., изм. ДВ. бр. 30 от 11 Април 2017 г., изм. ДВ. бр.68 от 22 Август 2017г., изм. и доп. ДВ. бр.2 от 3 Януари 2018г., изм. ДВ. бр.54 от 29 Юни 2018г., доп. ДВ. бр.75 от 11 Септември 2018г., доп. ДВ. бр.37 от 21 Април 2020г.

От приложените по делото писмени доказателства по безспорен начин се установява, че във връзка с извършена проверка от УО на ОПДУ бенефициентът е уведомен с писмо № BG05SFOP001-2.015-0001-C01-M021 за констатирани нарушения на ЗОП при провеждането на обществена поръчка с предмет: „Обучения за подобряване капацитета на общинските служители“, с 5 обособени позиции, с номер в Р. 01035-2020-0002 от 12.06.2020 г. и сключени договори № K01 / 15.02.2021 с Обединение „Общински капацитет - 2020“ по ОП1; № K02 / 15.02.2021 - с Д. „Обединени Обучения България“ по ОП2; № K03 / 16.02.2021 - с Д ЕНД Д К. О. по О.; № K04 / 16.02.2021 - с Д. „Е. обучения“ по ОП4.

Писмото е изпратено, 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 (наричана за краткост „Наредбата“), чрез информационната система на 25.03.2021 г.

Бенефициентът е възразил по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ чрез ИСУН с писмо вх. № BG05SFOP001-2.015-0001-C01-M022 на 07.04.2021г.

Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка на обществената поръчка.

Видно от жалбата, жалбоподателя застъпва тезата си, която единствено и

само възпроизвежда нормативните текстове заложиени по естеството си в материалния закон по издаването на решение за определяне на финансова корекция и след цитиране на различни разпоредби от глава четвърта и глава пета раздел III от ЗУСЕСИФ, стига до извода за липсата на извършено нарушение от възложителя/жалбоподателя, като не е взел предвид констатациите на административния орган, за извършените от него нарушения на ЗОП.

По същество на спора за извършените от бенефициента нарушения на ЗОП, осъществяващи състава на нередността.

С действията си по издаване и изпращане на бенефициента на писмо изх. № 02.50-13 от 25.03.2021 г. представляващо искане на обосновка, съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, УО правилно и в съответствие с обвързаната му компетентност е спазил процедурата по определяне на финансова корекция, регламентирана в раздел III „Администриране на нередности и извършване на финансови корекции,“ от ЗУСЕСИФ.

Жалбоподателят изцяло съотнася действителната правна и фактическа обстановка, в разрез с констатираното в индивидуалния административен акт нарушение и по този начин черпи благоприятни за себе си последици, като не сочи нови твърдения и не излага доказателства.

Констатациите на административния орган са изложени в писмото, с което на бенефициента е поискана обосновка и му е предоставена възможност да представи такава, като вземе отношение именно по констатациите на УО. Безспорен факт, е че това е сторено от него с оглед събраните по делото доказателствата, но е налице неяснота и противоречие в изложените от него аргументи. Процедурата по определяне на финансова корекция стартира с писмо от УО на ОПДУ до бенефициента, като му е осигурена възможност да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

Решението за налагане на финансова корекция от УО е мотивирано отговаря на законовата разпоредба на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, правилно е определено правното основание, а именно чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 от същия закон.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ преди издаване на акта за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото е видно, а и страните не спорят, че във връзка със стартирала процедура за установяване на нарушения по сключения договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, УО е изпратил писмо на бенефициента, по което последният е взел отношение и изразил несъгласие с констатираните нарушения на проведената обществена поръчка за избор на изпълнител т.е. от формална страна не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила при издаване на акта.

Целта на финансовата корекция, съгласно чл. 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., обн. ДВ, бр. 27 от 31.03.2017г., в сила от 31.03.2017г.) се налага в 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, да се възстанови положението, при което всички разходи, извършени в рамките на предоставена безвъзмездна финансова помощ, да бъдат в съответствие с приложимото национално и европейско законодателство, както и подобряване на контрола и намаляване на случаите на нередности.

Легалната дефиниция за понятието „нередност“ се съдържа в чл. 2, т. 36 на Регламент № 1303/2013/, 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.

Видно от изложеното, съдът намира доводите на УО на ОПДУ относно разпоредбата на чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, където е посочено, че 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, че са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство, за правилни и в съответствие с целта на закона.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент, „нередност“ означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното

възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива - в частност Регламент 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 год.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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 „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. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

Съгласно чл. 69, ал. 2 ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на Управляващия орган на програмата или по сигнал. В конкретния случай това е станало по почин на одитиращия орган, респективно на Управляващия орган. На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ преди издаване на решението Управляващият орган е уведомил бенефициента, за направените констатации и е предоставил 2-седмичен срок, съобразно предписанията на разпоредбата, за представяне на писмени възражения. В изпълнение на чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ е издадено и оспореното решение.

В разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ се съдържа изчерпателно изброяване на основанията, на които може да бъде наложена финансова корекция. Точка 9 от цитираната разпоредба установява, че корекции се налагат за „нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ“.

В конкретния случай при издаване на Решение № ФК-2021-279/17.05.2021 г. са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕО) № 1303/2013 г. и в този смисъл фактическият състав е бил изпълнен, а именно:

- нарушение на правото на Европейския съюз - проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона (заложения критерий за възлагане противоречи на основните принципи в чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, в нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, с което са нарушени императивни норми на ЗОП и ППЗОП);
- извършено чрез действие на възложителя;

- субект на нередността - НСОРБ - бенефициент;
- вреда на общия бюджет на Европейския съюз - сумата, с която би бил оцетен бюджетът на Европейския съюз в следствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка, без да са били налице основни принципи и законови цели, а именно законосъобразно разходване на средствата;
- причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - с така заложен критерий за възлагане (методика за оценка) не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, е икономически най-изгодната оферта, което има разубеждаващ/възпиращ ефект спрямо потенциалните участници, а това закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз в определения от УО процентен показател от допустимите разходи.

Също така разходът се извършва на базата на договор, сключен по възложена обществена поръчка в нарушение на законови разпоредби, което закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз в определения от УО процентен показател от допустимите разходи.

На следващо място чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ определя „нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ“. Той урежда общ състав, обхващащ случаите извън изчерпателно посочените хипотези в т. 1-8 ЗУСЕСИФ. Максимално широк обхват, като целта е да не останат неуредени хипотези, които не попадат в обхвата на изброените в закона. Нарушението се изразява в провеждане на обществена поръчка - открита процедура. Провеждането на такава обществена поръчка необосновано нарушава, както принципите, заложи в чл. 2, ал. 1 от ЗОП, така и разпоредбите на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕО) № 1303/2013 г., предизвиквайки вреда в бюджета на Европейския съюз.

Относно констатираните нарушения на ЗОП:

Незаконосъобразна методика

„Качество на организацията на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката” - максимален бр. точки 100 (и относителна тежест 60%).

Ценово предложение - максимален бр. точки 100 (и относителна тежест 40%).

Участникът е предложил концепция за организация на персонала, при която е налично едно, две, три или четири от следните обстоятелства (като се присъждат съответно 25, 50, 75 и 100 точки):

„1. За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача (за целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати)’,

2. Предложени са мерки за вътрешен контрол, комуникация и взаимодействие на екипа от експерти, включително механизми за осигуряване на качествено изпълнение на поръчката;

3. Обоснована е връзката между задачите и отговорностите на всеки от експертите и постигането на целите и очакваните резултати от поръчката при изпълнението на всяка една от дейностите.

4. Посочени са начини, мерки, организационни действия и конкретни задачи на персонала за постигане на ефективна комуникация, координация и взаимодействие с възложителя и с трети лица, имащи отношение към изпълнението на поръчката“.

Оценката по показателя „Качество на организацията на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“ обхваща разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, мерки за вътрешен контрол, комуникация и взаимодействие на екипа от експерти, механизми за осигуряване на качествено изпълнение на поръчката, обосноваване на връзката между задачите и отговорностите на експертите и постигането на целите и очакваните резултати, посочване на начини, мерки, организационни действия и конкретни задачи на персонала за постигане на ефективна комуникация, координация и взаимодействие с възложителя и с трети лица.

В чл. 70, ал. 4, т. 2 от ЗОП е предвидена възможност да се оценява организация и професионална компетентност на персонала, но не начина по който е описана тази организация в техническото предложение.

Гореописаното обаче не дава възможност да се сравняват достатъчно обективно техническите предложения на кандидатите. Има описателен характер. Самото описание и изброяване не дава възможност на оценителите да съпоставят техническите предложения и да преценят кое предложение гарантира по-качествено изпълнение, тъй като няма обективни критерии за съпоставяне.

По този начин се допуска оценка на пълнотата, описанието и изброяването, а не нивото на изпълнение на всяка оферта, без значение дали се оценява организацията на изпълнение на дейностите или организацията на персонала. Съгласно чл. 33, ал. 1 от ППЗОП пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите.

Самото описание и изброяване не гарантира по-добро качество при изпълнение на поръчката. Не са налице ясни и обективни критерии за оценка по техническият показател. Това дава възможност за субективна преценка от страна на членовете на комисията, като независимо от броя на подадените оферти не се гарантира обективно определяне на изпълнител, който е предложил икономически най-изгодната оферта. Наличието на всички или част от посочените обстоятелства не означава непременно по-високо качество на предложената техническа оферта, а също така не могат да бъдат сравнени и оценени обективно подадените оферти при така заложените компоненти в посочения показател.

Следва да се вземе предвид и по-високата относителна тежест на показателя в комплексната оценка - 60 %.

Незаконосъобразни методики за оценка са налице когато се оценява система за организация и управление на човешките ресурси чрез наличието на определени от възложителя надграждащи обстоятелства, всяко от които носи допълнителни точки. Подобни обстоятелства са разпределение на експерти на ниво отделна задача (посочено в т.1 от методиката); предложени мерки/механизми за вътрешен контрол, които гарантират/осигуряват качествено изпълнение на поръчката (посочено в т. 2 от методиката) и др. За описаните надграждащи обстоятелства не е ясно/не са налице указания или поясняващи критерии по какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението, които да дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката.

Когато се оценява разпределението на експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, се оценява подробността на описанието „на ниво отделна задача“, а не на конкретни качествени характеристики на офертите по чл. 70, ал. 4 от ЗОП.

При подобна методика не се държи сметка на нормативната забрана за оценяване организацията на изпълнение чрез оценка на пълнотата и начина на представяне на информацията в документите.

Посочването на начини, мерки, организационни действия и т.н (изброени в т. 4 от методиката) отново има описателен характер и представлява пълнота.

Съгласно чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите за оценка трябва да са свързани с предмета на поръчката и същите не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. Във всички случаи, когато възложителят не предвижда оценяване на конкретни параметри, свързани с предмета на поръчката, а на *описание* и посочване на *начини, мерки*, и пр., възложителят определя неправомерни показатели за оценяване. В тези случаи подобна техническа оферта е изготвена самоцелно - единствено, за да послужи като обект на оценяване, но без никакъв принос и връзка с изпълнението на предмета на поръчката, който се изисква съгласно чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, съответно по нея обективно няма какво да се изпълнява и възложителят не търси изпълнението ѝ.

Относно посоченото в т. 3 на методиката: обосновано ли е постигането на целите и очакваните резултати от поръчката - по принцип не би следвало постигането на целите и очакваните резултати да се явява надграждащо обстоятелство в една методика, то следва да е залегнало в минималните изисквания на документацията. А това дали е обосновано или не предполага известен субективизъм - един оценител може да го приеме като обосновано, друг не.

Може да се получат технически оферти, съдържащи различни по същността си предложения, в това число мерки, начини, способности, което води до невъзможност за съпоставяне и сравнение на офертите, тъй като методиката не съдържа информация за критериите, които ще се използват при оценката.

Незаконосъобразната методика за оценка необосновано ограничава

участието на лицата в процедурата, т.е. тя разубеждава потенциалните участници/кандидати да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, или оказва влияние върху прозрачността при провеждане на процедурата - не е налице достатъчно информация при какви предложения колко точки ще бъдат присъдени.

Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП, когато възложителят е избрал критерий за възлагане „оптимално съотношение качество/цена“, начинът за определяне на оценката по всеки показател 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.

С така заложен критерий за възлагане е нарушен чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, във връзка с чл. 2, ал.1, т.1 и 2 и ал. 2 от ЗОП, с оглед на което е и определена от УО финансова корекция.

В резултат на горе изложеното, изведеното нарушение от УО е относимо към т. 11,б. „а“ („използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите ши участниците“) 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., тъй като по обособена позиция 1 са получени 2 оферти, но едната е отстранена на етап протокол 1 и не е допусната до техническа оценка.

Това обосновава определянето на финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключения договор № K01 / 15.02.2021 с Обединение „Общински капацитет -2020“ по обособена позиция 1;

Изведеното нарушение е относимо към т. 11, б. „б“ („използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите ти участниците“) („случаите, при които са приложение дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две ши повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор “1 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.

Това обосновава определянето на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по горесцитираните договори. Жалбоподателят не сочи нови факти, обстоятелства и мотиви, обосноваващи наличие на правомерни критерии за възлагане. В жалбата се съдържат твърдения, които не са подкрепени с доказателства.

Жалбоподателят, излага становище че „твърденията на УО на ОПДУ не са мотивирани от конкретни противоречия с императивни нормативни разпоредби, а същите разглеждат само отделни хипотези, при които теоретично е възможно да бъде налице несъответствие.“ Съдът счита, че изведените констатации на УО на ОПДУ са конкретни, ясни и мотивирани. Налице е възможност да настъпи несъответствие, което води до възможността за избор на изпълнител, който не е предложил икономически най-изгодната оферта, каквато е основната цел на провеждането на обществената поръчка.

С изложените твърдения по фактите, че “с решението за откриване на горепосочената обществена поръчка е утвърдена документацията за участие, част от която е и методиката за оценка на офертите и то не е обжалвано и като такова е влязло в сила, по отношение на методиката за оценка на офертите, не са постъпили искания за разяснение по реда на чл.33 от ЗОП, в процедурата са подадени оферти от осемнадесет участника (общо по всички обособени позиции), офертите са разгледани от комисията и са определени изпълнители на обществената поръчка” не санират извършеното нарушение. Тези обстоятелства имат значение при отчитане на естеството и сериозността на нарушението и финансовото отражение, което би имало върху средствата от ЕСИФ (чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ чл. 3, ал. 1 от Наредбата).

Констатираното нарушение от административния орган не касае „мотивите и поставените оценки на разглежданите оферти от комисията“. То се отнася до заложената от бенефициента методика за оценка, която противоречи на чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Жалбоподателят застъпва тезата, че “Описанието на изпълнението на един процес предхожда самото извършване на процеса. В този смисъл ако участникът може да опише и да предложи начин на изпълнение, който показва познаване на процесите и осигурява високо качество на изпълнението, то следователно по време на изпълнението на договора, той ще се придържа към предложеното и ще извърши дейностите по описания начин. От друга страна ако участникът не може да опише начина на изпълнение и не успее да покаже на етап подаване на оферта, че познава процесите и конкретните стъпки, през които следва да премине изпълнението за да се изпълни поръчката качествено, то няма да как да се презюмира, че ще успее да изпълни възложената поръчка. В случая знанието (описанието) предхожда изпълнението и е негова предпоставка. Техническото предложение на участника става неразделна част от договора и изпълнението на обществената поръчка е обвързано с него.”

Самото изброяване и описание на тези обстоятелства не гарантира по-високо качество, още повече че е свързано с начина и пълнотата на представяне на информацията. Посоченото възражение от бенефициента на стр. 10, 11 и 12 от настоящото решение, по отношение на четирите надграждащи

обстоятелства не могат да бъдат приети за основателни, поради същите причини. Няма обективен критерий, по който да бъдат сравнени предложените обстоятелства, освен като бройка и описание. Не е дадена възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

Това че един участник може да опише и изброи предвидените в методиката обстоятелства не означава, че той е направил икономически най-изгодното предложение. Това е и целта на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. А това, че „предложението на участника става неразделна част от договора и изпълнението на обществената поръчка е обвързано с него” също не санира извършеното нарушение, нито повишава качеството на изпълнение.

Заложените в методиката разпределение по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, мерки за вътрешен контрол, комуникация и взаимодействие на екипа от експерти, механизми за осигуряване на качествено изпълнение на поръчката, обосноваване на връзката между задачите и отговорностите на експертите и постигането на целите и очакваните резултати, посочване на начини, мерки, организационни действия и конкретни задачи на персонала за постигане на ефективна комуникация, координация и взаимодействие с възложителя и с трети лица са насочени към описания на дейности/организация/мерки, което не означава непременно повишаване на качеството на изпълнение. Оценката на описанието на посочените надграждащи обстоятелства е свързана с начина и пълнотата на представяне на информацията. Възложителят не предвижда оценяване на конкретни параметри, свързани с предмета на поръчката, а допълнителни точки се получават за наличието на едно или повече описания/обстоятелства. В допълнение на изложеното използването на субективно понятие като обоснована е връзката което зависи от субективната преценка на членовете на комисията за оценка на офертите допълнително внася субективизъм в методиката. Правилно и в съответствие с материалния закон УО е изложил твърдение, че това дали едно нещо е обосновано или не - за един оценител може да е обосновано, за друг може да не е, изхождайки от личната/субективна преценка на всеки.

Твърдението на жалбоподателя, че „определянето на валидна математическа формула за оценката на техническото предложение и неговите подпоказатели, както и на ценовото предложение и комплексната оценка само по себе си изпълнява изискванията на закона и съответно прекратява възможността за извършване на нарушение ” е невярно. Това че има определена математическа формула и указания за определяне на оценката по показателя не значи че същите са абсолютно точни, ясни и обективни. Именно такава е процесната констатация на УО на ОПДУ.

Жалбоподателят твърди, че „Напълно немотивирано и необосновано е твърдението на контролния орган, че следва да се вземе предвид и високата относителна тежест на показателя в комплексната оценка - 60 %”. Остава неясно към какво точно реферира УО на ОПДУ с това си твърдение. Нито в ЗОП, нито в ППЗОП има изрична забрана или указания относно разпределението на тежестта на отделните показатели в методиката. Още повече че и посоченото твърдение само е споменато като утежняващо обстоятелство, но не е посочено коя правна норма е нарушена с него, както и

защо е определено като такава. ”

Няма изрична забрана в закона, относно разпределението на тежестта на отделните показатели в методиката. УО обръща внимание, че следва да се има предвид високия процент относителна тежест на показателя, тъй като 60 % от комплексната оценка зависи от незаконосъобразния критерий, което определя цялостната оценка, т.е. този показател е решаващ при класирането и определянето на изпълнител, следователно от решаващо значение за избор на икономически най-изгодна оферта.

Бенефициентът е посочил, че „Видно от анализа на т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, за да бъде класифицирано като нарушение дадено обстоятелство е необходимо критериите да са от такъв характер, че да ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

Също така “Видно от анализа на т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, за да бъде класифицирано като нарушение дадено обстоятелство е необходимо да бъдат приложени дискриминационни критерии.

С оглед изложеното правилно УО е приел, че са приложени такива дискриминационни критерии за възлагане, тъй като възложителят е допуснал оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в предложението за изпълнение, както и възможността за известен субективизъм. По този начин се създават предпоставки за разубеждаване на потенциалните участници и ограничаване на конкуренцията.

Предвид изложеното посочената методика за оценка по показателя Качество на организацията на персонала не дава ясни инструкции за начина на определяне на оценката на всички допуснати до оценка предложения, присъждането на оценките не е обвързано е настъпването на обективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и оценката допуска известен субективизъм.

В този смисъл методиката противоречи на чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал.1. т.1 и 2 и ал. 2 от ЗОП и по този начин има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата.

Правилно и изцяло кореспондиращо с целта на закона УО е приел, че не са налице ясни и обективни критерии за оценка по показател ОП, на получените оферти. Това дава възможност за субективна преценка от страна на членовете на комисията, като независимо от броя на подадените оферти не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, който е предложил икономически най-изгодната оферта. Наличието на всички или част от посочените обстоятелства не означава непременно по-високо качество на предложената техническа оферта. Разписаните компоненти в методиката не са насочени толкова към същинското предложение за изпълнение на предмета на поръчката колкото към неговото описание. Отново следва да се вземе предвид високата относителна тежест на показателя в комплексната оценка - 60%.

Със залагането на методиката в противоречие с чл. 70, ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП се засягат принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция (чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и от ЗОП).

Незаконосъобразната методика за оценка необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, т.е. тя разубеждава потенциалните участници да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, или оказва влияние върху прозрачността при провеждане на процедурата.

С оглед изискванията на закона методиката за оценка следва да бъде ясно и точно формулирана, така че участниците да могат предварително да се подготвят и да предложат най-доброто за възложителя предложение.

При прилагането на методиката следва да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите, по такъв начин, че да бъде избран най-успешния изпълнител, с икономически най-изгодната оферта (без да се достига до облагодетелстване на едни участници или елиминирането на други, както и поставяне на участници в неравностойно положение, което се отразява на крайното класиране в процедурата).

Констатираното нарушение представлява нередност. 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 ЕС, тъй като е налице критерий за възлагане (методика за оценка) чрез който не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, който е предложил икономически най-изгодната оферта.

Нарушението засяга важни обществени отношения, свързани с разходването на публични средства, предоставяни от европейските фондове и програми в голям размер, поради което възложителите са задължени да спазват императивния характер на законовите разпоредби. Именно разходването на публични средства води до засягане на основните принципи в чл. 2, ал. 1 от ЗОП при възлагане на обществените поръчки.

Провеждането на обществена поръчка, при която е допуснато нарушение - дискриминация по национален признак, който дава необосновано предимство, необосновано нарушава, както принципите, заложили в чл. 2, ал. 1 ЗОП, така и разпоредбите на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., което нарушение „би имало“ за последица нанасянето на вреда в бюджета на Европейския съюз. Вредата е евентуална („би имало“), а не е доказана („има“), тъй като с нарушението на възложителя се дава необосновано предимство, съответно - необосновано се ограничават от участие стопански субекти в обществената поръчка въз основа на национален признак, като по този начин не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, с икономически най-изгодната оферта, което има възпиращ ефект спрямо потенциалните участници, а това закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз в определения от УО процентен показател от допустимите разходи.

Размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3 от Наредбата за посочване на нередности чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В случая се прилага пропорционалния метод. Съгласно чл. 3 ал. 2 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 (какъвто 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), са посочени в Приложение 1. Видно от Приложението, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвидено и съответен процентен показател на финансовите корекции.

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.

Предвид съдържанието на оспорения акт съдът счита, че по отношение на Решение № ФК-2021-279/17.05.2021 г. за определяне на финансова корекция не са налице нарушения при издаването му, твърдяни в жалбата.

Видно от предоставената на съда административна преписка, както и съдържането на оспорения акт, същият е постановен от компетентен орган, в установената от закона форма, при спазване на административнопроизводствените правила, без противоречие с материалния закон и в съответствие с целта на закона. Решението е издадено в съответствие с всички изисквания на чл. 59, ал. 1 и 2 от АПК.

Ето защо оспореният в настоящето производство акт е валиден, законосъобразен и обоснован, а жалбата против този акт е неоснователна и като такава следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора, следва да се уважи искането на ответника да се осъди жалбоподателя да му заплати сторените по делото разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100,00 лв.

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 71 - ви състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на НАЦИОНАЛНО СДРУЖЕНИЕ НА ОБЩИНИТЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ, Булстат[ЕИК], със седалище и адрес на управление:

[населено място], [улица], представлявано от С. Г. - изпълнителен директор, срещу Решение № ФК-2021-279 от 17.05.2021 г. за определяне на финансова корекция, издадено от Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“, с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 и Заповед № Р- 73/14.05.2021 г. на Министър-председателя на Република България, определя на НСОРБ в качеството му на бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-2.015-0001-CO1/ 10.04.2020 г., финансова корекция в размер на 10 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатият договор № К01 / 15.02.2021 г., сключен с изпълнител Обединение "Общински капацитет - 2020" по обособена позиция 1, на основание т. 11, б. „а“ 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., като сключеният договор е на стойност 381000 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания и финансова корекция в размер на 5 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатите договори № К02 / 15.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д. "Обединени Обучения България" по обособена позиция 2; № К03 / 16.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д ЕНД Д К. О. по обособена позиция 3; № К04 / 16.02.2021 г. - сключен с изпълнител Д. "Е. обучения" по обособена позиция 4, на основание 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., като сключеният договор К02 е на стойност 341568 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания, като сключеният договор К03 е на стойност 362 664.60 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания и сключеният договор К04 е на стойност 339 816 лв. без ДДС с възможност за допълнителни възлагания.

ОСЪЖДА НАЦИОНАЛНО СДРУЖЕНИЕ НА ОБЩИНИТЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ, Булстат[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от С. Г. - изпълнителен директор, да заплати на Дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Д. управление“-С. сумата от 100,00 /сто/ лв., представляваща направени по делото разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено

СЪДИЯ:

