

РЕШЕНИЕ

№ 5013

гр. София, 14.05.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 44 състав,
в публично заседание на 09.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **701** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК във връзка с чл. 27, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление (загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) /ЗУСЕФСУ/. Образувано е по жалба на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК -[ЕИК], подадена чрез адв. Г. Г., срещу Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5871 от 07.12.2023 г., издадено от зам. изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“. С решението на дружеството е определена финансова корекция в размер на 10% от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществена поръчка със стойност на договора за възлагане на обществена та поръчка в размер на 2371037,07 лева без ДДС.

Жалбоподателят твърди, че оспореният акт е незаконосъобразен, поради допуснати съществени процесуални нарушения и в противоречие на материалния закон. Оспорва се изводът, че методиката е неясна и дава възможност за субективизъм при оценяване на предложенията. Твърди се, че неправилно органът е обосновал извод за извършено нарушение. Изтъква се, че изготвената методиката за оценка на офертите е изготвена при спазване на всички изисквания на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, като еднозначно и ясно е посочен начинът за определяне на оценката по всеки показател и този начин 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. Твърди

се, че посоченият начин за определяне на оценката по всеки показател съгласно методиката за оценка осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Според жалбоподателя всяко от надграждащите условия е свързано с предмета на поръчката и има отношение към качеството на крайните резултати. Налице са точни, конкретни и предвидими изисквания, чиято цел е в най-висока степен да се оцени способността на потенциалните изпълнители за качествено и ефективно изпълнение на поръчката. При това оценката се формира на база минимални изисквания и предложени допълнителни надграждащи елементи, поради което е осигурена съпоставимост между отделните оферти, свеждаща се до това дали съдържат само предложение в обхвата на минималните изисквания или съдържат и допълнителните условия, за които се определят допълнителни точки. В методиката за оценка подробно е описано какви са критериите за оценяване на съответния брой точки. Не е налице ограничаване на достъпа на участниците в конкретната процедура, което се потвърждава и от подадени 157 оферти за участие. Методиката за оценка дава яснота за потенциалните участници в процедурата и гарантира реална конкуренция, каквото е изискването на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Всички надграждащи условия са описани по начин, по който обективно да бъдат присъдени точки по всеки от тях. Посочено е също, че не е ясно как УО е приложил чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности /Наредбата/, като за едно единствено нарушение, респ. нередност, засягащо един и същи разход е определил финансова корекция – 10%. В предварителното съгласуване с органа не са били налице забележки по отношение предвидените изисквания при проведената и приключила съгласувателна процедура по провеждане предварителен контрол и одобрение от ДФЗ. По подробно изложени съображения в жалбата се иска отмяна на оспореното решение и връщане на преписката с указания за правилното прилагане на закона, алтернативно е отправено искане за намаляване на финансовата корекция. Претдира се разноски.

В съдебно заседание оспорващият, чрез адв. Г., поддържа жалбата и моли същата да бъде уважена. Счита, че в случая са спазени разпоредбите на чл. 70, ал. 7 вр. чл. 2 от ЗОП и използваната методика отговаря на законовата уредба. Моли за присъждане на разноски, за които прилага списък.

Ответникът – заместник изпълнителен директор на Държавен фонд „Земеделие“ /ДФЗ/, чрез процесуалния си представител, в представено по делото писмено становище оспорва жалбата и моли за отхвърляне на същата. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител, не взема становище.

Административен съд София - град, Трето отделение, 44 състав, след като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

„Напоителни системи” ЕАД е бенефициент по Административен договор № РД50-260 от 27.11.2023 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие на селските райони /ПРСР/ 2014 – 2020 г., процедура чрез подбор BG06RDNP001-4.016 „Проектни предложения от „Напоителни системи” ЕАД за възстановяване на съществуващи хидромелиоративни съоръжения за напояване“ по подмярка 4.3 „Подкрепа за инвестиции и инфраструктура, свързана с развитието, модернизиранието или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4.

„Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г.

Във връзка с реализиране на проекта на 14.11.2023 г. е постановено решение на изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД за определяне на изпълнител на обществена поръчка за обособена позиция № 3 /л. 11 и сл., черен класьор/, като определен за изпълнител е „Нивел строй“ ЕООД.

На 01.12.2023 г. е сключен договор за обществена поръчка №Д-53-1064-235/01.12.2023 г. /л. 14-32, черен класьор/ между „Напоителни системи“ ЕАД и „Нивел строй“ ЕООД.

В рамките на процедурата възложителят е одобрил методика за оценка на офертите /л. 219 и сл., черен класьор/, съгласно която: 1. Обществената поръчка се възлага въз основа на икономически най-изгодната оферта, която се определя въз основа критерий за възлагане „оптимално съотношение качество/цена”, по смисъла на чл. 70, ал. 2, т. 3 ЗОП, което се оценява въз основа на цената и на показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка. За всяка обособена позиция, класирането на допуснатите до оценка оферти се извършва на база получената „Комплексна оценка“ (КО). Комплексната оценка представлява сума от индивидуалните оценки по определените предварително от възложителя показатели, отразяващи оптималното съотношение качество/цена, по следната формула: $КО = ТП + ФП$, като КО се определя на база следните показатели: А) ТЕХНИЧЕСКИ ПОКАЗАТЕЛ (ТП) и е с максимален брой точки 70 – формира се като сума от следните подпоказатели: = Т. + Т., където Т. – „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40. Т. – Срок за изпълнение на строително-монтажните работи – максимален брой точки 30. Б) ФИНАНСОВ ПОКАЗАТЕЛ (ФП) – Ц. за изпълнение на поръчката - оценява предложената от участника цена - максимален брой точки 30. КО е с максимален брой точки - 100.

Дадени са указания за определяне на оценките по всеки показател. Конкретно за техническия показател е посочено, че той се оценя с максимално 70 точки на база оценката по два подпоказателя: „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – с максимален брой точки 40, и „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ – максимален брой точки 30. На свой ред „подпоказателя“ - „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ е прието да се оценява на база няколко отделни „признаци, които са описани в нарочни Таблици № 1 и № 2, обособени в две групи – „минимални изисквания“ (таблица № 1) и „надграждащи, техническото предложение“ (Таблица 2). За всяка група от тези признаци е посочено колко максимално точки могат да се получат. В таблица № 1 са посочени признаците, окачествени като „минимални изисквания“, за които е предвиден максимален брой точки 25. Уточнено е, че предложеният „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ следва да представя предложение за цялостния подход за изпълнение на обекта, при което трябва задължително да съдържа най-малко следната изискуема информация, наименувана по следния начин и в следната последователност: Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Допълнено е, че при оценяване на предложението представения „Подход за изпълнение на предмета на поръчката” се проверява дали отговоря на посочените по-горе минимално поставени изисквания в Таблица № 1 за съдържание, качество и наличие на задължително изискуеми

елементи и дали в своята последователност гарантира навременното постигане на резултати, спрямо минималните изисквания на Техническата спецификация. В случай, че спрямо участника не може да бъде констатирано мотивирано наличие на никое от определените от Възложителя надграждащи условия в Таблица № 2, то ще бъде оценено с „минималния“ брой точки по показателя 25 точки. В Таблица № 2 са посочени следните три условия, надграждащи техническото предложение с общ максимален брой точки- 15, всяко от които носи допълнително по 5 точки:

1. За всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката, и са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата като са формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

За целите на методиката 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.

Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите ресурси (материални, технически и човешки), организация на работата на човешкия ресурс за всички дейности, включени в поръчката, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основите отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие е изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя.

2. Представена е вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени технически подходи за изпълнение, които освен да гарантират ефективното и навременно изпълнение в съответствие с изискванията па приложимите към изпълнението на поръчката норми, стандарти и практики, обосновава повишаване на ефективността при изпълнението на поръчката.

3. Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда. Допълнителните мерки е необходимо задължително да отчитат спецификата на възлаганите работи и да са насочени към конкретната обществена поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими към всяка една поръчка за строително-монтажни работи без значение на нейния обхват и специфични особености.

Всяка мярка е необходимо да съдържа едновременно следните два компонента: А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.

Във връзка с осъществяването на последващ контрол върху обществената поръчка и констатирани нарушения при възлагането ѝ с писмо И. № 07-2600/16379#1 от 06.12.2023 г. /л. 41-46/, зам. изпълнителният директор на ДФ „Земеделие“ е открил производство по налагане на финансова корекция на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ.

На 06.12.2023 г. бенефициерът е депозирал своите възражения с изх. № АД-92-31-16

от 06.12.2023 г. /л. 48-53/ пред УО.

След разглеждане и анализ на представените възражения, УО не е приел изложеното и с Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5871 от 07.12.2023 г. на дружеството е определена финансова корекция в размер на 10% от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществена поръчка със стойност на договора за възлагане на обществена та поръчка в размер на 2371037,07 лева без ДДС.

В мотивите на акта е прието, че по отношение на заложеното условие на първото надграждащо обстоятелство съгласно одобрената методика „за всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката...“ всеки участник следва сам да определи кои са ключовите моменти при изпълнение на поръчката, което не дава възможност за съпоставка на различните технически предложения. От дадените указания според УО не става ясно и кои моменти от изпълнението на поръчката се приемат от възложителя за ключови, съответно не са дадени насоки, кои моменти се възприемат като неключови. Също така е подчертано, че в случая не е ясен и механизмът, по който комисията ще отчете дали посочените от участниците фактори, визирани в първото надграждащо обстоятелство, ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката, респ. не става ясно и как комисията ще определи дали изпълнението на поръчката е ефективно или съответно не е ефективно. Отбелязано е също така, че в методиката не е указано каква организация на обезпечаване на необходимите ресурси се ценят от възложителя като основание за получаване на допълнителен брой точки.

По отношение на заложените условия на второто надграждащо обстоятелство УО е приел, че липсва яснота относно това, какви възможни мерки за вътрешен контрол следва да опишат потенциалните участници, така че да осигурят вътрешен контрол при изпълнение на поръчката, като не става ясно и кои конкретни признаци ще доведат комисията до извода, че предложените от участниците конкретни технически подходи за изпълнение ще гарантират ефективно и навременно изпълнение на поръчката, съответно какво точно ще приеме помощния орган на възложителя за така визираната „гаранция“ за ефективност и навременност. Според УО не е ясен и механизмът, по който комисията ще отчете дали предложението на участниците ще обоснове повишаване на ефективността на изпълнение на поръчката или съответно кога ще приеме, че повишаването на ефективността не е достатъчно обосновано.

В описанието на третото надграждащо обстоятелство за получаване на допълнителен брой точки е въведено понятието „допълнителни мерки“. Това понятие УО сочи, че не е разяснено от страна на възложителя, като съответно не е направена и разлика с какво тези „допълнителни мерки“ се отличават от общите мерки, към които е въведено същото. Не е ясно и на какви конкретни изисквания следва да отговарят визираните „допълнителни мерки“, за да удовлетворят изискванията на възложителя, съответно участниците да получат допълнителен брой точки.

На тази база Р. е формирал заключение, че приетата от възложителя методика за оценка не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, като указанията за определяне на оценката по всеки показател не осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които

ще се прилагат при определяне на оценката. Присъждането на оценките не е обвързано с настъпването на обективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията, като показателите за оценка дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

Прието е също така, че в случая изискванията по чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП не са изпълнени от страна на възложителя, доколкото методиката не съдържа ясни критерии, по които ще се извършва оценката, съответно не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Направен е извод, че при изготвяне на методиката за оценка по обществената поръчка възложителят е допуснал нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Така допуснатото нарушение създава възможност за неравно и субективно третиране на участниците, което от своя страна винаги има разубеждаващ ефект спрямо последните. Този подход на възложителя за оценяване възпрепятства предвидимостта при оценяването на офертите на участниците, като оказва възпиращ ефект по отношение на потенциалните-участници и води до липса на информираност на заинтересованите лица за това по какъв начин да подготвят офертите си, за да получат максимален брой точки в нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т. 3 от ЗОП. Според административния орган констатираното обстоятелство не позволява обективно оценяване на подадените технически предложения и така се нарушават принципите на прозрачност, равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Наред с това и предвид факта, че тежестта на финансовия показател е с максимален брой 30 т., то незаконосъобразно заложеният подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой 40 т. ще вземе превес при класирането на участниците, с което няма да бъде изпълнена и заложената цел – избиране на икономически най-изгодната оферта в съотношение качество/цена.

В заключение е посочено, че естеството на нарушението не позволява да се установи точния размер на финансова загуба, поради което приложим е пропорционалният метод. Констатираното нарушение УО е квалифицирал като нередност по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата- „използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 1 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ с предвиден показател 10% от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по обособена позиция № 3 „*Реконструкция на главен тръбопровод 81-ГЛ-ТР-1 от участък „К.“, към НП „К. КАРАНОВО“ от НС „СРЕДНА Т.“, „Напоителни системи“ ЕАД - клон „Средна Т.“* от поръчката.

За да определи подходящия размер на финансовата корекция ДФ „Земеделие“ е взел предвид, че не е налице минимално ниво на конкуренция само една оферта е допусната и отговаря на критериите за подбор по ОП № 3.

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

Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт. Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения

административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материално правните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).

Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник".

Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му.

С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

В чл. 69, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ, загл. изм. в сила от 01.07.2022 г.), е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, (в приложимата редакция), е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съответно в § 4, ал. 1 от ДР на ЗУСЕФСУ в относимата му редакция (ДВ бр. 85 от 24.10.2017 г.), се сочи, че за Програмата за развитие на селските райони, функциите на органи за управление и контрол по този закон се изпълняват от Министерството на земеделието и храните и от Държавен фонд "Земеделие".

Съгласно разпоредбата на чл. 27, ал. 6 от ЗПЗП /ДВ бр. 51/2019 г., в сила от 28.06.2019 г. /, дължимостта на подлежаща на възстановяване безвъзмездна финансова помощ поради нарушение от страна на ползвателите на помощ и бенефициентите по мерките и подмерките от програмите за развитие на селските райони, което представлява основание за налагане на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 1 – 9 от ЗУСЕФСУ, се установява с издаването на решение за налагане на финансова корекция по реда на чл. 73 от същия закон.

Изпълнителният директор на ДФ "Земеделие" издава решения за налагане на

финансови корекции /РНФК/ по реда на глава пета, раздел III от ЗУСЕФСУ, като може да делегира със заповед тези си правомощия на заместник изпълнителните директори и на директорите на областните дирекции на фонда /чл. 20а, ал. 5 и ал. 6 от ЗПЗП/. Следователно оспореното решение за налагане на финансова корекция е издадено от материално компетентен орган, съгласно приложената по делото Заповед № 03-РД-3089/22.08.2022 г. /л. 23-28/, с която на зам. изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“ са делегирани правомощия по ПРСР за периода 2014-2020 да издава и подписва РНФК.

С оглед изложеното не е налице основанийето по чл. 146, т. 1 АПК за прогласяване на нищожност на процесното решение.

Оспореният акт е постановен и в съответствие с изискванията за форма по чл. 20а, ал. 5 ЗПЗП вр. чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ и чл. 59 АПК. Видно от съдържанието му в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, като са изложени ясно и конкретно изводите, основани на фактическите констатации, и е направен анализ на разпоредбите, на които административният орган се е позовал. В случая не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. Бенефициерът е упражнил това си право и възраженията му са обсъдени от административния орган, като са изложени конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни. Доколкото възраженията му не са приети от органа, то преценката за тяхната основателност е преценка и по съществото на настоящия съдебен спор, която съдът ще упражни.

В този смисъл процесното решение е издадено и съобразно изискванията на чл. 146, т. 2 и т. 3 АПК.

По отношение на съответствието на административния акт с материалния закон съдът съобрази следното:

Съгласно чл. 143, § 1 от Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Разпоредбата на чл. 122, § 2 от същия регламент сочи, че държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

По делото не е спорно, че първият елемент от понятието е налице – „Напоителни системи“ ЕАД има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, § 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от ЕСИФ, тъй като е страна по АДБФП № РД50-260 от 27.11.2023 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие на селските райони /ПРСР/ 2014 – 2020 г., процедура чрез подбор BG06RDNP001-4.016 „Проектни предложения от „Напоителни системи” ЕАД за възстановяване на съществуващи

хидромелиоративни съоръжения за напояване“ по подмярка 4.3 „Подкрепа за инвестиции и инфраструктура, свързана с развитието, модернизирането или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г., сключен с ДФ „Земеделие“.

Спорът по делото, с оглед наведените от жалбоподателя оплаквания, се свежда до наличието на втория и третия елемент на определението за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна.

В настоящия случай, административният орган е мотивирал решението си за налагане на ФК с установено нарушение на приложимия ЗОП, което осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, а именно нарушен е чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 1 ЗОП въвежда императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 3. пропорционалност; 4. публичност и прозрачност.

Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП /в действащата редакция към момента на одобряване на методиката/, в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определяемите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

В националната съдебна практика се приема, че критериите за законосъобразност на методиката за комплексна оценка и начинът за определяне на оценката по всеки показател са задължителни, тъй като са гаранция за спазване принципите по чл. 2, ал. 1 ЗОП и не подлежат на разширително тълкуване. Показателите за оценка не трябва да водят до субективна преценка от страна на комисията /в този смисъл е решение № 2052 от 10.02.2020г. по адм.д. № 5299 по описа на ВАС за 2019г./.

В настоящият случай приложената по делото документация за участие в открита процедура за възлагане на обществена поръчка предвижда в Раздел IV следното: „КРИТЕРИИ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ПОРЪЧКАТА. ПОКАЗАТЕЛИ И МЕТОДИКА ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ. РАЗГЛЕЖДАНЕ, ОЦЕНКА И КЛАСИРАНЕ“, точка 2. „МЕТОДИКА И ПОКАЗАТЕЛИ ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ (приложима за всички обособени позиции)“ е определен реда за оценяване на предложенията, като КО/комплексната оценка/ от максимален брой 100 точки е равна на техническия плюс финансов показател.

Техническият показател е определен с максимален брой точки 70, формиращ се като сума от следните подпоказатели: = Т. + Т., където

Т. – „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40.

T. – Срок за изпълнение на строително-монтажните работи – максимален брой точки 30.

От своя страна финансовият показател /ФП/ - Ц. за изпълнение на поръчката е с максимален брой точки 30.

Относно начина за определяне на ТП е предвидено същият да се оценява с максимален брой 70 точки, формиран от съответните подпоказатели: .

T. – „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40.

Във връзка с посоченият подпоказател възложителят е посочил, че се оценява предложението от участника „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“. Оценката по подпоказател T. се формира на основание предложението от всеки участник за изпълнение на поръчката за съответната обособена позиция и съгласно точковата система за оценяване по скалата посочена по-долу. При изготвяне на „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“, всеки участник трябва задължително да съобрази техническата спецификация, проектната документация и останалите изисквания, предвидени в документацията за участие в процедурата.

Подпоказател T. – „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ – максимален брой точки 30 изразен като формула за изчисление $T. = (TP_{\min} / TP_i) \times 30 = \dots\dots\dots(\text{брой точки})$, където: TP_{\min} е най-краткият предложен срок за изпълнение на строително-монтажните работи за съответната обособената позиция съгласно Техническите предложения на допуснатите участници. T. е предложеният срок за изпълнение на строително-монтажните работи за съответната обособената позиция съгласно Техническото предложение на съответния участник.

Относно ФП /финансовият показател/ е посочено изрично, че до оценка се допускат само оферти, които съответстват на условията за изпълнение на обществената поръчка. Оценява се предложена от участника „Обща цена с вкл. 5% за непредвидени разходи в лева без ДДС“ за изпълнение на поръчката. Максимален брой точки по показателя - 30 точки.

В Таблица № 1 са посочени минималните изисквания към подпоказателя предложен подход за изпълнение на поръчката с максимален брой 25 точки, а именно: Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Процеса на комуникация и координация, контрол, Ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Изрично е посочено, че техническо предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително минимално поставени изисквания в Таблица №1 и в своята последователност, гарантира навременното постигане на резултати, като спрямо него може да бъде заключено мотивирано наличието на някое от изброените по-долу условия, надграждащи Техническото предложение, ще получи за наличие на всяко едно условие допълнително по 5 точки за всяко едно от изброените по-долу условия.

Като следствие и в Таблица № 2 са посочени Условия, надграждащи техническото предложение, които могат да бъдат оценени с максимален брой 15 точки, образувани като сбор от по 5 максимални точки за всяко отделно предложение, а именно:

1. „За всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката, и са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата като са

формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

** 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.*

Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите ресурси (материални, технически и човешки), организация на работата на човешкия ресурс за всички дейности, включени в поръчката, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие с изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя“.

2. Представена е вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени технически подходи за изпълнение, които освен да гарантират ефективното и навременно изпълнение в съответствие с изискванията на приложимите към изпълнението на поръчката норми, стандарти и практики, обосновава повишаване на ефективността при изпълнението на поръчката.

3. Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда. Допълнителните мерки е необходимо задължително да отчитат спецификата на възлаганите работи и да са насочени към конкретната обществена поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими към всяка една поръчка за строително-монтажни работи без значение на нейния обхват и специфични особености. Всяка мярка е необходимо да съдържа едновременно следните два компонента:

А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и

Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.“

В допълнение е представено и разяснително описание относно начина на тълкуване на използваните в документацията понятия.

Настоящият състав намира за неоснователни възраженията на жалбоподателя, че изготвената методиката за оценка на офертите е изготвена при спазване на всички изисквания на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, като еднозначно и ясно е посочен начинът за определяне на оценката по всеки показател и този начин 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.

Следва да се отбележи, че законодателят е въвел императивно изискване методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, които да гарантират запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които да предложат оферта, целяща най-добро класиране при предлагано най-добро качество при офертираното ниво за изпълнение на поръчката. Показателите следва да имат точно и конкретно формулирано съдържание и с оглед степента на съответствие, да са определени точни указания за тяхното оценяване, което в случая не е налице. Методиката не е достатъчно ясна, точна и изчерпателна и не предоставя достатъчно

подробна информация за това какво трябва да съдържа една оферта, за да получи определена оценка.

По отношение на първото надграждащо условие, всеки участник следва сам да определи кои са ключовите моменти при изпълнение на поръчката, а това не дава възможност за съпоставка на различните технически предложения. Определените от различните изпълнители, различни ключови моменти, ще изискват и различни технически решения, които реално са несравними помежду си и не дават възможност да се извърши адекватна преценка кое решение е реално по-добро от другото и на кое трябва да се дадат 5 точки или защо да не се дадат.

Възможността, самите изпълнители да определят кои са ключовите моменти от изпълнението, и кои мерки ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката, предполага неясни критерии, по които възложителят ще приема кой етап е ключов или не, както и по какъв начин и на каква основа ще се определя ефективността, т.е. в какво се изразява тя. В Методиката не е указано каква организация на обезпечаване на необходимите ресурси се ценят от възложителя като основание за получаване на допълнителен брой точки.

Във връзка с второто надграждащо обстоятелство, липсва яснота какви са възможните мерки за вътрешен контрол при изпълнение на поръчката. Не става ясно още, по какви конкретни признаци комисията ще оценява различните технически подходи, за да приеме, че е гарантирана ефективността и изпълнението в срок. Освен това, не са указани механизмите и критериите, въз основа на които ще се отчита обосновката на повишаването на ефективността.

Третото надграждащо обстоятелство касае т.нар. „допълнителни мерки“, които са неясни в семантично отношение, неясно е на какви изисквания трябва да отговорят и по какво точно се различават от общите мерки. Това създава възможността да се влага различно съдържание във всяка предложена мярка, тя да бъде определяна или не като допълнителна такава, да се дават или не съответния брой точки за нея, което води до голям субективизъм и респективно - до изкривяване на конкурентната среда поради липсата на ясни и коректно зададени условия, които да гарантират равнопоставеност и яснота на заложените критерии.

Освен гореизложеното, следва да се отчете и факта, че целта на процедурата по възлагане е да бъде избран изпълнител, предлагащ икономически най - изгодната оферта въз основа на заложения критерий „оптимално съотношение качество/цена“. Същевременно, тежестта на финансовия показател е с максимален брой от 30 т., докато незаконосъобразно заложеният подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ е с максимален брой от 40 т., което е показателно за влиянието им върху образуването на комплексната оценка.

На тази база следва да се посочи, при ясна съпоставимост на текстовете с оглед твърдението на жалбоподателя и възприетото от Р., че така формулираните надграждащи изисквания предполагат възможност за субективизъм при преценка на комисията, тъй като е налице неяснота относно това какво би следвало да включват в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, съответно – по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата.

В подобна хипотеза ВАС е имал възможност да посочи, че резултатът от това е неравнопоставеност на участниците – не биха могли да знаят при какви предложения ще получат най-високата оценка, а точните указания относно начина за определяне на

оценката са съществен елемент от осигуряване на равнопоставеност /Решение № 2052 от 10.02.2020 г. по адм. д. № 5299/2019 г.

Предвид факта на включени в методиката понятия с общо съдържание, позволяващи възможност за различно интерпретиране от оценителната комисия, методиката в частта на подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ действително нарушава чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3 ЗОП. Изискванията за "надграждане над предвидените технически спецификации и изисквания" също са субективни и при липса на конкретни указания от страна на възложителя, това би довело до свобода на интерпретацията от страна на членовете на комисията при присъждането на точки в голям диапазон. С цел гарантиране спазването на принципа на равно третиране термините, трябва да са определени точно и еднозначно както в методиката за оценка на офертите, така и в обявлението за Обществената поръчка и в Документацията за участие, така, че да позволяват на всички участници да разберат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин.

В този смисъл утвърдената от възложителя методика е незаконосъобразна и създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за евентуалните участници в процедурата, като не предоставя възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, респ. да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

Действително, както сочи жалбоподателят, методиката не е била оспорена от участниците, но това не я квалифицира като законосъобразна, тъй като УО има задължение за осъществяване на контрол на обществени поръчки, финансирани с европейски средства. Липсата на механизъм за обективна оценка води до нарушение на един от основните принципи - принципа на публичност и прозрачност. Участниците не са поставени при равни условия - не знаят при какви свои предложения ще получат най-високата оценка. Необходимо е в методиката да се съдържа или математическа формула, или ясно и недвусмислено да се посочват стъпките, които комисията следва да спазва, като липсата на механизъм за преценка доколко ще бъде обективна комисията при поставяне на конкретни оценки, води до нарушение на принципа на публичност и прозрачност. За да бъде методиката за оценка законосъобразна, тя трябва да бъде създадена така, че при нейното прилагане да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. Правният ефект на това нарушение е свързан с ограничаване на възможността на по-широк кръг заинтересовани лица да могат предварително да преценят потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата и да се подготвят за участие в нея. Това нарушение засяга във висока степен основните принципи, които Европейския съюз защитава при отпускане и разпределяне на средства като финансова помощ - принципът на равно третиране, недискриминация на национален признак и въвеждане на задължение за прозрачност. Като такова същото отговоря на условието на чл. 70, ал. 7 т.1 и т.2 ЗОП квалифициращи като нарушение на закона възприемане на начин на оценяване, който не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на поръчката и техническите спецификации и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите и на изведените в чл. 2 ал. 1 от с.з. принципи.

Процесната методика макар и формално да съдържа указания за определяне на оценката по всеки показател и за определяне на комплексната оценка на офертата, по същността си е субективна. Налице е неяснота относно това какво би следвало да

включат в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, съответно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата. Следователно заложената методика за оценка е в противоречие с основните принципи в чл. 2, ал. 1 от ЗОП, в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП.

В допълнение е необходимо да се посочи, че въведените от възложителя надграждащи условия имат отношение към различни елементи и етапи към процеса на изпълнение. При всички случаи влиянието им върху качеството на изпълнение обективно не е равностойно, но възложителят им е присъдил равен брой точки. Оценяването на различните надграждащи условия с еднакъв брой точки не би могло да осигури оптимално съотношение качество цена.

Посоченото нарушение правилно е квалифицирано като нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, съгласно т. 11, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2 ал. 1 от Наредбата, която предвижда, че финансовата корекция в 10 на сто се определя, когато нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка.

С оглед на гореизложеното са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕФСУ 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 (залагане на методика за оценка, която допуска неравно третиране на участниците в процедурата, с което е нарушена норма на чл. 2, ал. 1 от ЗОП); извършено чрез действие на възложителя; субект на нередността – „Напоителни системи“ ЕАД(бенефициент); вреда на общия бюджет на Европейския съюз - сумата, с която би бил ощетен бюджетът на Европейския съюз вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - разходът се извършва на базата на договор, сключен по възложена обществена поръчка в нарушение на императивна норма на ЗОП, с което необосновано се ограничава конкуренцията в процедурата, в която е можело да участват други икономически оператори, които да представят оферти с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката, което закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

Оспореният административният акт е издаден и при съобразяване на целта на закона: Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗУСЕФСУ средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициера и при осигуряването на публичност и прозрачност. Допуснатите нарушения на ЗОП – в случая, а именно незаконосъобразна методика за оценка на офертите, представлява нарушение, водещо до незаконосъобразно разходване на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, което е в противоречие с целта на закона. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Съюза размера на средствата от съответните фондове, който е неправомерно разходван.

Съобразно изложеното съдът приема, че Р. правилно е установил релевантните за казуса факти, въз основа на тях е направил обосновани фактически изводи, правилно е тълкувал и приложил материалния закон и съобразил неговата цел, поради което решението му за определена на финансова корекция е законосъобразно, а жалбата срещу него неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора и на основание чл. 143, ал. 3 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София – град, Трето отделение, 44 състав,

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК – [ЕИК], срещу Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5871 от 07.12.2023 г. на зам. изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“, с което на дружеството е определена финансова корекция в размер на 10% от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществена поръчка със стойност на договора за възлагане на обществена та поръчка в размер на 2371037,07 лева без ДДС.

ОСЪЖДА „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК – [ЕИК], да заплати на Държавен фонд "Земеделие" сумата от 100 /сто/ лева разноски по делото.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

СЪДИЯ: