

РЕШЕНИЕ

№ 4020

гр. София, 16.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 16.03.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **10696** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на Сдружение „КажИ Еко“, със седалище и адрес: [населено място], район „П.“, [жк] [улица], [жилищен адрес] срещу Решение за определяне на финансова корекция от 27.10.2022г., издадено от Ръководител на ОУ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.

Жалбоподателят излага подробни съображения за незаконосъобразност на оспорения административен акт като постановен при допуснати съществени процесуални нарушения, неспазване на материалния закон и поради несъответствието му с целта на закона. Относно констатираното нарушение на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, заявява, че заложените изисквания са подробно описани и не съдържат предпоставки за субективно тълкуване. Счита, че не е определен признак от УО на ОПОС, който да води до различно третиране на участниците или до някакво ограничение с възпиращ ефект и че липсват такива данни в обществената поръчка. Допълва относно Техническото предложение, което е част от Офертата на участниците, че същото „не подлежи на оценка“, тоест не получава точки, по които може на участник да бъдат създадени необосновани пречки за участие в процедурата, поради което абсолютно неправомерно се явява налагането на финансова корекция. Намира относно констатираното нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ПМС 160/2016 г., че методиката за оценка съдържа точни указания за определянето на оценката по всеки

показател и подпоказател и съответно за определяне на комплексната оценка на офертите. Твърди, че в нарушение на изискванията за съдържанието на акта не са изложени конкретни и относими мотиви за наличието на реален или потенциален финансов ефект от твърдените нередности, както и за прилагането на пропорционалния метод при определянето на финансовата корекция. Поддържа, че оспореният акт не съответства на целта на закона, тоест неясно остава защо така дефинираният срок представлява „нередност“. По подробно изложени в жалбата съображения е направено искане за отмяна на Решение от 27.10.2022г. на Ръководителя на УО на ОПОС 2014-2020 г., като незаконосъобразно и присъждане на разноските по делото.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. З., която поддържа жалбата и моли същата да бъде уважена. Претендират се разноски.

Ответникът – Ръководителят на УО на Оперативна програма ОПОС 2014-2020 г. в съдебно заседание се представлява от правоспособен юрист К., която оспорва жалбата и моля тя да бъде отхвърлена, като неоснователна. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

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

Сдружение „КажИ Еко“ е бенефициент по Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ рег. № Д-34-25/10.05.2021 г. за изпълнение на проект № BG16M1OP002-3.021-0008 „Подобряване природозащитното състояние на природни местообитания“ по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“.

Проведена е открита процедура по възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП, проведена чрез публична покана по реда на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, във връзка с Постановление № 160/2016 г. с предмет: Контрол на инвазивни чужди видове (ИЧВ) и рудерални видове и премахване на конкурентни видове растения в местообитания 40С0 „П.-сарматски широколистни храстчета“, 1410 „Средиземноморски солени ливади“ и 5210 „Храсталаци с *juniperus spp.*“ и е сключен в резултат на същата Договор № 0008-С01-07/15.08.2022 г. с "КиГ ФОРЕСТ" ЕООД - 764 700 лв. без ДДС.

При осъществен последващ контрол за законосъобразност на проведена публична покана по реда на ПМС 160/2016 г. са установени две нарушения с финансов аспект. Бенефициентът е уведомен за констатираните нарушения на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 3, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ПМС 160/2016 г. с писмо изх. № 3-021-0008-2-714/10.10.2022 г., на Ръководителя на УО на ОПОС, като му е дадена възможност да представи възражения. Посочено е, че е нарушението на нарушение на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕФСУ се изразява в прилагане на неясни и припокриващи се изисквания в техническата спецификация, които обуславят възможност за субективно тълкуване и създават необосновани пречки за участие в процедурата. Посочено е още, че е в компетенциите на възложителя да посочи или заложи нормативни изисквания по отношение възлаганата от него процедурата, с които кандидатите следва да се съобразяват при подготовка на офертите си и изпълнението на поръчката, а формулирани по този начин, заложените изисквания необосновано препятстват участието на лица в процедурата.

Констатираното нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ПМС 160/2016 г. се изразява в утвърждаване на методика за оценка на оферти, съдържаща фактори, които се отнасят до характеристиките, посочени в техническата спецификация в противоречие с

предварително заложените изисквания на обществената поръчка. В утвърдената от жалбоподателя методика е налице противоречие с предварително определените условия, изразяващо се в оферирание на определен срок за изпълнение от кандидатите в офертите си, като същевременно срокът за изпълнение е изначално определен от възложителя под формата на конкретен брой дни, което води до колизия, понеже предлагането на различен срок би представлявало несъответствие с предварително заявените условия на процедурата.

В предоставения двуседмичен срок за депозиране на отговор, жалбоподателят е представил в системата ИСУН възражение с кореспонденция № BG16M1OP002-3.021-0008-C01-M064, с което е оспорил констатациите в писмо изх. № 3- 021-0008-2-714/10.10.2022 г.

Като е намерил представеното възражение за неоснователно е издадено оспореното в настоящото производство Решение за определяне на финансова корекция от 27.10.2022 г., издадено от Ръководител на ОУ на ОПОС 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ по Договор № 0008-C01-07/1 5.08.2022 г. с "КиГ ФОРЕСТ" ЕООД на стойност 764 700 лв. без ДДС, за нарушение по т. 11, буква „б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ по Договор № 0008-C01-07/1 5.08.2022 г. с "КиГ ФОРЕСТ" ЕООД на стойност 764 700 лв. без ДДС, за нарушение по т. 11, буква „б" и от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в резултат на проведена публична покана по реда на ПМС 160/2016 г. Така постановеното решение е изпратено чрез ИСУН на 18.11.2022 г.

При така установеното от фактическа страна съдът намира от правна страна следното: Оспореното решение е връчено по електронен път, жалбата е подадена 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 ОСНОВАТЕЛНА.

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

В случая при налагане на финансовата корекция са спазени процесуалните изисквания на закона и не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да са довели до нарушаване правото на защита на дружеството - жалбоподател, а от там и до незаконосъобразност на наложената финансова корекция.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, съгласно приетите по делото заповед № РД – 707 от 01.08.2022 г. на министър на околната среда и водите.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал.1, т. 9 във връзка с чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ и във връзка с нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 1 и т. 2 от Постановление № 160 от 1 юли 2016 г. по т.11, б. „б" от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредба за посочване на нередности, и за нарушение по чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла на чл. 70, ал.1 т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: 9. за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание и мотиви представлява съществено нарушение на процесуалните правила и предполага незаконсьобразност на административния акт. В случая УО не се е позовал на нарушение по ЗОП, а е посочил, че то е на чл. 3, ал.7, т. 1 и т. 2 от ПМС № 160 от 1.07.2016 г. Важно е да се отбележи, че съгласно чл. 1 от ПМС 160/16, че с него се определят правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите при провеждане на процедура за избор на изпълнител с публична покана съгласно ЗУСЕФСУ от страна на бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от ЕСФ, които не са възложители по смисъла на ЗОП. Определянето на изпълните от посочената категория бенефициенти се извършва в съответствие с чл. 50 – 53 от ЗУСЕФСУ.

Прието е нарушение на нормата на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, изразяващо се в следното:

В утвърдената от възложителя техническа спецификация се установява определяне на неясни изисквания към участниците, които създават необосновани пречки за участие в процедурата.

На страница 46 от Техническа спецификация, представляваща Приложение № 1 към публикуваната публична покана, бенефициентът е заложил следните изисквания:

"В предложенията си за изпълнение на поръчката, кандидатите следват да представят:

Концепция за изпълнение на дейностите със следната структура:

А. Подход и начин на изпълнение на дейностите

Б. Описание на методи и мерки за изпълнение на дейности

В. Законодателни изисквания

Г. Разпределение на административен капацитет за изпълнение на дейностите

Д. Анализ и управление на основни рискове.

Забележка:

- Предложената концепция следва да включва действия, които са ефективни (които водят до постигане на очакваните резултати) и приложими (които могат реално да се приложат при изпълнението на конкретния предмет на възлагане, предвид неговите характерни и специфични особености) и недвусмислено да се гарантират спазването на предложения от Кандидата срок за изпълнение на услугата.

- Предложението за изпълнението на дейностите следва да е обвързано с приложими нормативни (европейски и национални) изисквания. Кандидатът следва да идентифицира и прилага всички нормативни документи, изисквания и указания, приложими към предмета на договора. В хода на изпълнение на поръчката Изпълнителят е длъжен да следи за изменения на нормативната база, касаещи предмета на договора.

- Всеки кандидат следва да представи организация на експертите в екипа на

участника, разпределение на отговорностите и изпълнението на дейности/под-дейности, включени в процедурата, начини за осъществяване на комуникацията с Възложителя, координация и съгласуване на дейностите. Разпределението на работата следва да е обвързано с посоченото в останалите части на предложението за изпълнение на поръчката.

- Предложената концепция следва да включва мерки и механизми за осигуряване на успешна и качествена комуникация както вътре между екипа при разпределение на задачите и отговорностите, така и при комуникацията с Възложителя

- Всеки кандидат следва да представи основни рискове, които могат да доведат до забавяне или некачествено изпълнение на услугата и мерки за тяхното преодоляване."

Действително заложените изисквания са неясни и съдържат предпоставки за субективно тълкуване при разглеждане на техническите предложения на участниците, като не предоставят достатъчна яснота относно посочените термини в заложените изисквания.

Бенефициентът изисква да бъде представена концепция, която включва действия, които са ефективни (които водят до постигане на очакваните резултати) и приложими (които могат реално да се приложат при изпълнението на конкретния предмет на възлагане, предвид неговите характерни и специфични особености) и недвусмислено да гарантират спазването на предложението от кандидата срок за изпълнение на услугата.

Така записано, преценката дали действията са "ефективни" и "реално приложими" е изцяло обаче субективна от страна на комисията за разглеждане на офертите. Не е изяснен начинът на преценка затова, кои действия счита за "реално приложими" и кои не. Неясно е и тълкуването на възложителя за действия, които "недвусмислено" да гарантират спазването на предложението от кандидата срок за изпълнение. Упоменатите термини водят до субективизъм и респективно до възможност за отстраняване на кандидати.

Възложителят е изискал от участниците да дефинират всички приложими нормативни актове (европейски и национални), относими към предмета на обществената поръчка, но в компетенциите на възложителя е да посочи/заложи нормативни изисквания по отношение възлаганата от него процедурата, с които кандидатите следва да се съобразяват при подготовка на офертите си и изпълнението на поръчката.

Неясен е и методът на преценка от страна на възложителя относно какъв обем от посочени нормативни изисквания ще приеме за „всички“. Поставеното изискване има разубеждаващ ефект за подаване на оферти по отношение на кандидатите, тъй като същите са неясни.

Кандидатите следва да представят "начини за осъществяване на комуникация с Възложителя, координация и съгласуване на дейностите". В следващото поле, кандидатите трябва да посочат "механизми за осигуряване на качествена и успешна комуникация, както между екипа, така и с възложителя". Очевидно двете точки изискват припокриващата се информация, а се отнасят за отделни части от концепцията за изпълнение. Неясен е и начинът, по който възложителят ще определи дали даден механизъм за комуникация е "успешен и качествен".

С оглед на факта, че гореописаните изисквания могат да доведат до неясноти при кандидатите, както и за субективно тълкуване и отстраняване от процедурата, УО на

ОПОС е приел, че е нарушена нормата на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, във връзка с раздел 1.2.2 от Насоките за определяне на финансови корекции относно финансирани от ЕС разходи за несъответствия с приложимите правила за обществени поръчки, приети с Решение на Европейската Комисия от 14.05.2019г. (С(2019)3452).

Съгласно посочения обхват на приложение на Насоките, в същия попадат и договори, които не са предмет на директивите за обществени поръчки, но са сключени в резултат на проведена обществена поръчка съгласно националното законодателство в областта на обществените поръчки, какъвто е и подзаконовият нормативен акт на национално ниво-ПМС 160/2016 г., по което е проведено възлагането в случая на обществената поръчка. С оглед наличие на минимална конкурентна среда в поръчката (получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор), нарушението се квалифицира като нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2. ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която категория е предвидена финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране на ОПОС 2014-2020 от стойността на сключения Договор № 0008-С01-07/15.08.2022 г. с "КиГ ФОРЕСТ" ЕООД - 764 700 лв. без ДДС.

Нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ПМС 160/2016 г.:

Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на критерий за възлагане „оптимално съотношение качество/цена“, съгласно чл. 53, ал. 4 от ЗУСЕСИФ.

При преглед на методиката се констатира следното:

„Показател 2 (П2) „Срок за изпълнение на дейностите по договора“ с максимален брой 100 точки и относителна тежест 0,20.

Максималният брой точки получава оферта, която осигурява максимално кратък срок за изпълнение.

$C = (C_{\min}/C_u) \times 100$, където

C_{\min} - най-ниският предложен срок за изпълнение от всички Кандидати, които отговарят на предварително обявените от Възложителя условия

C_u - предложения срок за изпълнение от оценявания Кандидат.“

По показател 2, комисията оценява срок за изпълнение на дейностите, като същевременно самият възложител е дефинирал в техническата спецификация на страница 46 следното:

"Срокът на изпълнение на предмета на поканата е 240 календарни дни (от сключване на договора), но не по-късно от 10 март/2023 г."

В тази връзка е налице противоречие изразяващо се в оферирание на срок за изпълнение от кандидатите в офертите си, като същевременно срокът за изпълнение е изрично дефиниран от възложителя под формата на конкретен брой дни. Налице е колизия, тъй като предлагането на различен срок би представлявало несъответствие с условията за участие в процедурата.

Също така в образеца на техническо предложение е заложено:

"Декларираме, че сме запознати с проекта на договора за възлагане на горепосочената поръчка, в това число с Техническата спецификация и всички документи, съставляващи неразделна част от договора, приемаме ги без възражения и ако бъдем определени за изпълнител, ще сключим договор в законово установения срок и ще изпълним обекта на публичната покана, съгласно Договора, Техническата спецификация и настоящото техническо предложение."

В тази връзка е налице противоречие, а именно, че всеки кандидат декларира от една страна, че ще изпълни предмета в съответствие с дефинирания срок в техническата спецификация, като същевременно следва да оферира различен срок за изпълнение на дейностите. Независимо от това обаче, настоящият съдебен състав намира, че процесното решение е незаконосъобразно поради допуснато съществено процесуално нарушение, изразяващо се в липсата на съответствие между фактическите установявания и правната квалификация на нарушението, тъй като ответникът се е ограничил да посочи, че е налице само нарушение по чл. 3, ал.7, т. 1 и т. 2 от ПМС № 160/2016 г., по второто посочено нарушение, но не и в какво точно се изразява това нарушение както бе посочено по – горе в мотивите на настоящия съдебен акт.

По изложените съображения съдът намира жалбата за основателна и като такава следва да се уважи, а обжалваното решение, като незаконосъобразно да се отмени.

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 36-ти състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Сдружение „Кажки Еко“, със седалище и адрес: [населено място], район „П.“, [жк] [улица], [жилищен адрес] Решение за определяне на финансова корекция от 27.10.2022г., издадено от Ръководител на ОУ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.

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: