

РЕШЕНИЕ

№ 1961

гр. София, 25.03.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 02.02.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **8045** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 от АПК във вр. с чл. 73 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на „Агенция „Митници” срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-247 от 30.07.2020 г. на директора на дирекция „Добро управление” и Ръководител на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Добро управление“ / ОПДУ/, с което на Агенция „Митници” като бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.002-0002-C02/31.10.2016 г., по отношение на обществена поръчка с предмет „ Развитие на на институционалната архитектура на АМ за митнически процеси: внасяне, изнасяне, транзит, митническо задължение, управление на обезпечения и обмен на информация с общостния домейн (R., ВТІ, SURVEILLANCEЗq CDMS), и въвеждане на институционалната архитектура на АМ, чрез внедряване на системи и модули в БИМИС, съответстващи на тези митнически процеси“ е наложена финансова корекция в размер на 5% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор, сключен на 13.03.2017 г. с изпълнител [фирма].

Жалбоподателят оспорва решението като нищожно, недопустимо и неправилно, поради съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. По отношение на доводите за нищожност твърди, че административния орган е издал

повторно акта си, в противоречие с влязло в сила решение № 5518/12.05.2020г. по адм.дело № 9655/2019г. на Върховен административен съд, с което е оставено в сила Решение № 2390/05.04.2019г. по адм.дело № 8/2019г. на Административен съд София – град, с което се отменя Решение за налагане на финансова корекция № ФК 2017-80/3.07.2017г. на Ръководителя на УО на ОПДУ. Сочи се, че неправилно УО на ОПДУ в оспореното в настоящето производство решение е приел, че съдът в решението по адм.дело № 98/2019г. не е коментирал въпроса по същество и не е формирано сила на пресъдено нещо по отношение на спорното право.

На следващо място – жалбоподателят развива доводи за немотивираност на решението за определяне на финансова корекция, доколкото в същото са посочени само нарушените правни норми и съдържанието им, без обосновка на твърденията за нарушения, като УО не е взел отношение и по доводите във възражението на жалбоподателя по чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ. Посочени са примери от доводи във възражението срещу конкретни твърдения на УО, които в случай, че бяха обсъдени, не биха намерили място в оспореното решение.

Жалбоподателят счита, че утвърдената от директора на „Агенция „Митници“ методика за оценка не противоречи на нормите на чл. 70, ал. 7 т.1, т.2 и т.3 б.Б от Закона за обществените поръчки /ЗОП/, поради което и показателите включени в нея, не ограничават свободата на избор и гарантират реалната конкуренция. Сочи се, че методиката за оценка дава възможност да се оцени предложеното в офертата ниво на изпълнение, да бъдат сравнени и оценени техническите предложения в офертите и кандидатите разполагат с достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при оценката по всеки показател. Оспорват се и изводите в решението, че методиката, одобрена от Агенция Митници противоречи с разпоредбите на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, тъй като в нея не се предвижда поставянето на една или друга оценка въз основа на пълнотата на описанието на техническото предложение, а посочване на обективни обстоятелства в ясно дефинирана скала, които ще доведат до постигане на очакваните резултати. Възражява се и срещу квалифицирането на нередността по 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 Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /в сила от 31.03.2017 г.,приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г./ . Оспорва се въобще и приложението на тази Наредба, като основание за налагане на финансовата корекция, доколкото същата е приета след сключването на договора с избрания изпълнител. Изложени са и съображения, че методиката за оценка е съобразена със спецификата на обществената поръчка и обстоятелството, че се оценяват предложения за софтуерни проекти. Искане за отмяната на оспорения акт.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез процесуалния му представител – служител с юридическо образование Д., поддържа жалбата, моли съда да отмени оспорения индивидуален административен акт по изложените в жалбата съображения и в позиция по същество в о.з. и в становището по отговора на жалбата, претендира разноски съобразно представен списък. Представя подробни писмени бележки в допълнение на доводите в жалбата.

Ответникът - Ръководителят на УО на оперативна програма „Добро управление“, чрез процесуалния си представител юрк. К., оспорва жалбата като неоснователна. В

съдебно заседание претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на претендираното юрисконсултско възнаграждение от жалбоподателя..

Софийска градска прокуратура - редовно призована, не изпраща представител и не взема становище по жалбата.

Съдът, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Между директора на Дирекция „Добро управление” в администрацията на Министерски съвет, в качеството му на ръководител на УО на ОПДУ и Агенция „Митници” е сключен административен договор № BG05SFOP001-1.002-0002-C01/31.10.2016 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Добро управление” за изпълнение на проект: „Надграждане на основните системи на Агенция „Митници” за предоставяне на данни и услуги към външни системи – БИМИС 2020 (фаза 1)”. Стойността на проекта е в размер на 12 261 266,00 лева, като размера на безвъзмездната помощ (БФП) е 9 349 166,00 лева (76,25% от общата стойност на проекта), а съфинансирането от бенефициента е в размер на 2 912 100,00 лева (23,75% от общата стойност на проекта).

В изпълнение на договора за безвъзмездна финансова помощ жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ, е провел процедура за възлагане изпълнението на обществена поръчка с предмет: „Развитие на институционалната архитектура на АМ за митнически процеси: внасяне, изнасяне, транзит, митническо задължение, управление на обезпечения и обмен на информация с общностния домейн (R., BTI, SURVEILLANCE3q CDMS), и въвеждане на институционалната архитектура на АМ, чрез внедряване на системи и модули в БИМИС, съответстващи на тези митнически процеси“.

С Решение № Р-607 от 28.11.2016. на директора на Агенция „Митници” е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Развитие на институционалната архитектура на АМ за митнически процеси: внасяне, изнасяне, транзит, митническо задължение, управление на обезпечения и обмен на информация с общностния домейн (R., BTI, SURVEILLANCE3, CDMS), и въвеждане на институционалната архитектура на АМ, чрез внедряване на системи и модули в БИМИС, съответстващи на тези митнически процеси“.

Съобразно одобрената документация за участие в процедурата, критерий за възлагане на поръчката е икономически най-изгодната оферта, която се определя въз основа на критерия за възлагане оптимално съотношение качество/цена, което пък се определя въз основа на предложена цена и на посочени от възложителя показатели. Комплексната оценка се определя от техническа оценка с тежест 70 % и финансова оценка с тежест 30 %. Методиката за оценка по показател „Техническа оценка“ (ТО) включва 6 показателя (ТО 1 до ТО 6), като всеки един се оценява по тристепенна скала - 1 точка; 2 точки и 3 точки. Така, с 1 точка се оценява предложение, което „отговаря на изискванията на възложителя, без участникът да е разработил и представил начинът на прилагане на тази методика“; с 2 точки се оценява предложение, което „отговаря на изискванията на възложителя, като участникът е разработил и представил начинът на прилагане на тази методика“ и с 3 точки се

оценява предложението, което „отговаря на изискванията на възложителя, като участникът едновременно е разработил и представил начина на прилагане на тази методика и е доказал как чрез нейното прилагане ще постигне очакваните резултати от поръчката“.

След обявяване на процедурата е постъпило искане за разяснения по условията на поръчката от [фирма]. По повод на искането е констатирана допуснатата техническа грешка по отношение на показателите ТО3, ТО4, ТО5 и ТО6, която е коригирана и която не променя тези показатели за оценка, нито тежестта им.

В процедурата са постъпили две оферти, като след оценката им, на 13.03.2017г., жалбоподателят сключил договор за изпълнение с изпълнител [фирма].

На 22.06.2017 г. в писмо с изх. № BG05SFOP001-1.002-0002-C02-M022, УО на ОПДУ е изложил констатации за нередност по процесната поръчка, въз основа на извършена проверка за законосъобразност. На 30.06.2017 г. от Агенция „Митници“ е представено възражение по констатираните нарушения. С решение № ФК-2017-80 от 31.07.2017 г. 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, ръководителя на УО е наложил финансова корекция в размер на 5% върху изразходваните средства – допустими разходи по засегнатия договор, сключен на 13.03.2017 г. с изпълнител [фирма], финансиран по ОПДУ, за нередност по т. 9 от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г.

Решение № ФК-2017-80 от 31.07.2017 г. е оспорено от Агенция „Митници“ пред Административен съд София – град, който се е произнесъл с Решение № 568/31.01.2018 г. по адм.дело № 9448/2017 г. по описа на АССГ. Решението по адм.дело № 9448/2017г. е отменено с Решение № 15848/19.12.2018 г. по описа на ВАС, и делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на същия съд. С Решение № 2390 от 5.04.2019 г., поправено с Решение № 4330 от 25.06.2019 г., на Административен съд – София-град, постановени по административно дело № 8/2019 г., служебно известни на сътава на съда, съдът е отменил Решение № ФК-2017-80 от 31.07.2017 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“, с което на Агенция „Митници“ е определена финансова корекция в размер на 5% върху допустимите разходи по договор с [фирма] за нередност за нарушение на чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) и чл. 33, ал. 1 от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки. Решението на АССГ е оставено в сила с Решение № 5518/12.05.2020г. по адм.дело № 9655/2019г. по описа на ВАС. Първоинстанционният съд е приел, че решението на УО на ОПДУ е издадено от компетентен орган, като при издаване на решението е спазена законово установената процедура, съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ. За да отмени решението за налагане на финансова корекция съдът е посочил, че в хода на производството по налагане на финансовата корекция не са спазени процесуалните изисквания на закона, като са допуснати процесуални нарушения от категорията на съществените такива, които са довели до нарушаване правото на защита на жалбоподателя, а от там и до законосъобразност на наложената финансова корекция. Приел е, че оспореният акт не отговаря на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, като същият, макар и да съдържа фактически и правни основания за издаването му, те са формални и водят до извода за немотивираност на акта, както по

отношение на основанието за определяне на финансовата корекция, така и по отношение на нейния конкретен размер, вкл. и неправилно е определена и основата, върху която се определя финансовата корекция. Решението на АССГ, като правилно, е оставено в сила с вече посоченото решение на ВАС.

След влизане в сила на посоченото решение на АССГ, УО на ОПДУ е започнал ново производство по определяне на финансова корекция и администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка за законосъобразност на проведена обществена поръчка с предмет „Развитие на институционалната архитектура на АМ за митнически процеси: внасяне, изнасяне, транзит, митническо задължение, управление на обезпечения и обмен на информация с общността домейн (R., VTI, SURVEILLANCE3, CDMS), и въвеждане на институционалната архитектура на АМ, чрез внедряване на системи и модули в БИМИС, съответстващи на тези митнически процеси“. Приел е, че съдебната инстанция при разглеждане на спора не е коментирала въпроса по същество и не е формирана сила на присъдено нещо. За започване на процедурата е уведомен жалбоподателят с писмо № 02-50-2/15.06.2020г. / л.77-80/, който е представил възраженията си с писмо от 26.06.2020г. / л. 82-84/, последвани от издаването на оспореното в настоящето производство Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-247/30.07.2020г. на ръководителя на УО на ОПДУ. В решението на УО на ОПДУ е прието, че Методиката за оценка противоречи на разпоредбата на чл. 70, ал. 5 от ЗОП, съгласно която показателите, включени в критериите, не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. Прието е и нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1,2 и 3 б. „б“ от ЗОП, съгласно която норма, начина за определяне на оценката по всеки показател трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация, да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

В решението е посочено и, че методиката за оценка противоречи и на чл. 33 ал. 1 от ППЗОП, като е възпроизведено съдържанието на разпоредбата и посочена практика на КЗК. Нарушението е квалифицирано като нередност по точка 11, буква „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., което според УО обосновава налагането на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор, сключен с [фирма] на 13.03.2017 г. Размерът на финансовата корекция е определен по пропорционалния метод, с оглед установеното минимално ниво на конкуренция, предвид постъпилите две оферти в процедурата по ЗОП – 5 % от засегнатите от нарушението разходи по сключения договор с изпълнителя [фирма].

По делото са приети като доказателства, представените с административната преписка документи, както и допълнително представените от страните.

При изложената фактическа обстановка съдът формира следните правни изводи:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК (чрез административния орган, издал оспореният акт на 13.08.2020г. срещу решение от 30.07.2020 г.), от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол (съобразно чл. 73 ал.4 от ЗУСЕСИФ), поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, съдът извършва контрол за законосъобразност на обжалвания акт, като не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Нормата на чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ определя, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Липсва спор по делото относно обстоятелството, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, като това се установява и от представената Заповед № Р-90/10.05.2017 г. /л.105-106/, с която на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление” 2014-2020 г. (УО на ОПДУ) са делегирани посочените в заповедта правомощия, сред които и възможността за издаване на индивидуални административни актове, свързани с управлението и изпълнението на ОПДУ. С оглед на посоченото съдът намира, че оспорения акт е издаден от компетентен орган.

Решение № ФК-2022-247/30.07.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ е издадено в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ, съгласно който текст, преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Представени са и възражения от страна на жалбоподателя, след които е последвало издаването на оспореното решение. С оглед на това съдът намира, че при издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ.

Съдът не споделя доводите в жалбата за наличие на хипотезата на чл.177 ал.2 от АПК. Съгласно чл. 177, ал. 1 от АПК решението има сила за страните по делото, а когато оспореният акт бъде отменен или изменен,

то има действие по отношение на всички. С нормата се въвежда принципа на непререшаемост на съдебните производства, разрешени със сила на пресъдено нещо. В настоящия случай административното производство за определяне на финансова корекция е започнато по инициатива на административен орган, а не по искане на бенефициера за признаване или защита на негово субективно право или законни интереси. Поради това, отмяната на издаденото Решение № ФК-2017-80/31.07.2017г. не възстановява висящност на административното производство, което да е необходимо да приключи с нов административен акт. С отмяната от съда на Решение № ФК-2017-80/31.07.2017г. с влязло в сила решение по адм.дело № 8/2019г. е получена търсената защита. Липсата на изпращане на преписката на административния орган за ново произнасяне, на основание чл.173 ал.2 от АПК, не препятства административният орган да издаде нов акт при наличие на предпоставките за това. С Решение № 4330 от 25.06.2019 г., на Административен съд – София-град, постановени по административно дело № 8/2019 г., оставено в сила с Решение № 5518/12.05.2020г. на ВАС, е отменен предходен административен акт за определяне на финансова корекция, поради неспазване на процесуалните изисквания на закона, като са допуснати процесуални нарушения от категорията на съществените както и поради това, че оспореният акт не отговаря на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК и е немотивиран, вкл. и в частта относно определяне на размера на финансовата корекция. Съдът не се произнесъл по съществуването на спора – налице ли е нередност и законосъобразно ли е определена корекцията по основание и размер, поради което няма пречка да бъде издаден нов административен акт, върху който акт при настоящето съдебно обжалване, ще се извърши самостоятелен контрол за законосъобразност на всички основания по чл. 146 АПК.

Силата на пресъдено нещо се формира само по предмета, по който съдът се произнесъл, като за да се приеме, че последващия акт е издаден в противоречие с влязло в сила съдебно решение, е необходимо изцяло пълно припокриване между правото, вече със сила на пресъдено нещо по първото дело и правото - предмет на разглеждане на второто дело, с оглед белезите, които го индивидуализират – правопораждащ факт, съдържание, основание, субекти и времето, за което се претендира. Доколкото с влязло в сила съдебно решение е отменен предходен административен акт на ръководителя на УО на ОПДУ, на основание по чл. 146, т. 2 АПК, заради допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, неспазване на съответната

форма, включително непосочване на фактическите и относимите правни основания за издаването му, неизясняване на всички правнозначими факти, не е налице процесуална пречка за издаване на нов акт. С оглед на изложеното съдът не намира основания за обявяването на нищожността на Решение № ФК-20222-247/30.07.2020г., поради липса на произнасяне на съда с влязло в сила решение относно спорното материално право.

По делото не е спорно, че Агенция Митници като бенефициер в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове е икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т.36 от Регламент 1303/2013 г.

Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1, т. 9 се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Приложима по отношение на нередностите е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017г. в сила от 31.03.2017г. и ., изм. в ДВ бр.68 от 22.08.2017г., в сила от 22.08.2017г. (Наредбата), тъй като тя е действащото право към момента на издаване на оспореното в настоящето производство решение. Наредбата се прилага при констатиране на случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или без действия 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). Съгласно чл. 2, ал. 1 нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

В тежест на административния орган е да докаже, че от страна на бенефициера е извършено нарушение на правото на Съюза или на националното право, произтичащо от негово действие или бездействие и това нарушение има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на ЕС чрез начисляване на неоправдан разход.

Правно основание за налагане на финансовата корекция е чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /в редакцията приложима в конкретната хипотеза/ - друга 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. УО е посочил като нарушени нормите на чл. 70, ал. 5 и ал. 7 т.1, т.2 и т.3 б.б от ЗОП, чл. 33 ал.1 от ППЗОП

Съдът намира, че макар и обемен като текст, оспореният административен акт не отговаря на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В него като фактическо основание е посочено нарушение при провеждане на обществената поръчка с предмет: „Надграждане на основните системи на Агенция „Митници” за предоставяне на данни и услуги към външни системи – БИМИС 2020 (фаза 1)”, а именно незаконосъобразна утвърдена методика за оценка по показател „Техническа оценка“, а като правно основание - чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т.11 б.б от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи нарушение на, чл. 70, ал. 7 т.1, 2 и 3 б.б от ЗОП и чл. 33 ал.1 от ППЗОП. В мотивите на решението е посочено, че извършеното нарушение води до нарушаване на един от основните принципа на ЗОП, а именно този предвиден чл. 2, ал. 1, т. 3 от ЗОП и оттам води до невъзможност за постигане целта на ЗОП – ефективност при разходване на публични средства.

Съдът намира, че посочените в Решение № ФК -2022-247/30.07.202г. фактически и правни основания за издаването му, са формални и водят до извода за немотивираност на акта, както по отношение на основанието за определяне на финансовата корекция, така и по отношение на нейния конкретен размер. От мотивите на решението трябва да е възможно да се установи какви фактически констатации е направил административният орган при издаването на акта и въз основа на какви доказателства. Изискването за мотивиране на административния акт е гаранция за законосъобразност на акта, която законът е установил за защита на правата на страните в административното производство, като дава възможност за контрол над административните актове.

Видно от съдържанието на оспореното решение на УО на ОПДУ в него е възпроизведен начина на оценка по показателите от Методиката за оценка, одобрена от възложителя (стр.2-5 от решението), впоследствие са посочени като съдържание текстовете на чл.70 ал.7 т.1,2 и 3 б.б от ЗОП и чл.33 ал.1 от ППЗОП (стр.6), вмъкната е извадка от възражението на жалбоподателя (стр.7-9), отново е цитирано съдържанието на чл.70 ал.7 т.1,2 и 3 б.б ЗОП и чл.33 ал.1 ППЗОП (стр.9), за пореден път е посочен избора от възложителя критерии за възлагане и как се присъждат точките по показателя ТО (техническа оценка), за да се констатира с едно изречение, че „в методиката за оценка липсват указания какво е

разбирането на възложителя за методика за изпълнение на дейности и начин за прилагане на методиката, което да позволи на икономическите оператори да изготвят предложенията си, доколкото в техническата спецификация са заложили конкретни минимални изисквания относно съдържанието на предложенията, елементите, които следва да се разработят, фазите, през които следва да се премине при изпълнението на поръчката и др.”(стр.10 от решението на УО). След тази констатация е последвал извода на УО, че методиката за оценка противоречи на чл.70 ал.7 т.1,2 и 3 б.б от ЗОП и има разубеждаващ ефект по отношение на останалите участници в процедурата, като отново е възпроизведено съдържанието на този законов текст. Решението не съдържа други доводи, които обосновават изводите на УО за незаконосъобразност на методиката на оценка. Липсва обсъждане и на възражението на жалбоподателя и аргументи защо същото е прието за неоснователно. Цитирането на законови разпоредби, както и на текстове и утвърдена от възложителя методика и цитати от възражението на бенефициента, е подход, който според настоящия състав, не покрива изискването на чл.59 ал.2 т.4 от АПК. Нормата начл.59 ал.2 т.4 от АПК предвижда, че административният акт следва да съдържа фактическите и правни основания за издаването му, т.е изискването на закона е за мотивираност на административният акт. Мотивите на административния акт представляват единство от фактическите и правни основания за издаването му и тяхното наличие позволява на адресата на акта да разбере волята на административния орган и да защити адекватно правата и интересите си. Мотивите имат съществено значение и за съда при осъществявания контрол за законосъобразност и липсата им възпрепятства този контрол и представлява самостоятелно основание за отмяна на издадения административен акт. Когато са посочени само текстове от приетия за незаконосъобразен от административния орган акт и са цитирани са законови норми, без да се посочи ясно относимостта на последните към методиката и без да се вземе отношение към възражението на жалбоподателя, безспорно е, че акта страда от липса на мотиви и се нарушава правото на защите на жалбоподателя. Съгласно чл. 70, ал. 7 от ЗОП възложителя следва в документацията да посочи методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Съгласно чл.70 ал.7 т.1 този начин трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и

техническите спецификации. На следващо място начинът трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. И на последно място начинът трябва да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за количествено определяните показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване, а за качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

В оспореното решение са посочени хипотезите на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, съдържащи изисквания към начина за определяне на оценката по всеки показател, които УО на ОПДУ е приел за нарушена от страна на Агенция Митници, но за обосноваването им във вр. с на нарушението отново, както и при отмененото решение от 2017г., са посочени текстовете на законовите норми. При двукратното използване на един и същи подход от УО за излагането на фактическите и прави основание за административния акт, съдът намира, че независимо от липсата на яснота за мотивите на УО, за да приеме наличието на нарушение по чл.70 ал.7 от ЗОП, следва да обсъди наличието или липсата на посомченото нарушение по същество..

В тази връзка съдът приема, че в нормата на чл.70 ал.5 и ал.4 във вр. с ал.2 т.3 от ЗОП не се съдържа забрана възложителят да оценява организацията на изпълнението на поръчката, вкл. и като организация на работата на екипа на участника, в контекста на визията на участника за изпълнение на предмета на поръчката. Така, по всеки от показателите ТО1 до ТО6 възложителят е посочил в методиката за оценка предложената от участника „Обща методика за изпълнение на дейностите по поръчката, като част от Стратегия за изпълнение на поръчката...” / за ТО1/ и Методика за изпълнение на конкретните дейности / за ТО2-ТО6/ , които методики за изпълнение на дейностите по поръчката по същество представляват част от техническото предложение на участника и са пряко свързани със специфичния предмет на поръчката. Възложителят е разписал от една до три точки, които се поставят, в зависимост от това дали участникът е посочил или не, как ще прилага тази методика, по какъв начин, както и дали е доказал как чрез прилагането ѝ ще постигне очакваните резултати. Този начин на оценяване безспорно не анализира колко подробно, добре и всеобхватно е написано предложението на кандидатите и не анализира или оценява начин на представяне на изискваната от възложителя информация. Видно е също така, че

методиката не предвижда присъждането на по-голям брой точки въз основа на пълнотата и начина на представяне на информацията, а е въвела минимални изисквания за изпълнение на поръчката и в зависимост от това дали предложението/ офертата на участника осигурява тези изисквания или ги надгражда с две или три подробно описани обстоятелства, за които е предвидено присъждане на съответните точки. Тези показатели за оценка са ясно формулирани и напълно обосновани с оглед спецификата на поръчката – софтуерни услуги.

С оглед на горното съдът приема, че незаконосъобразно УО е приел, че са налице нарушения на чл.70, ал.7, т.1, 2 и 3, б.б от ЗОП и чл.33, ал.1 от ППЗОП.

Идентични са констатациите на съда и по отношение на посоченото нарушение от страна на възложителя на разпоредбата на чл. 33 ал.1 от ППЗОП, като в отново в оспореното решение е налице само цитиране на нормата, без посочване на конкретни фактически установявания и изводи на УО.

Нарушението, прието в решението на УО, е квалифицирано като нередност по т.11 буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на 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 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., а именно използване на: критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложение № 1, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. При наличието на минимално ниво на конкуренция / получени и допуснати две оферти/, е определен размер на финансовата корекция от 5 % спрямо засегнатите от нарушението разходи по договора с изпълнителя. Съдът намира квалифицирането на нередността за неправилно и в противоречие с мотивите на УО. Така УО в решението си, при обосноваване на нередността е приел, че със заложените критерии за възлагане се ограничава конкуренцията в процедурата, в която е можело да участват и други икономически оператори, които да представят оферти с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката Съгласно т.11 от Приложение 1 нередност по тази точка е "Използване на:основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.",

т.е. ограничават конкуренцията. Съобразно колона 2 от Приложение 1 "Описание на нередността и примери" б.б визира хипотезата на "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;" Квалифицирането по този начин на нередността от УО, без посочване всъщност какво приема административния орган - че критериите за възлагане не са дискриминационни (т.11) или пък са дискриминационни, но е налице минимално ниво на конкуренция, води до противоречие в мотивите на акта и препятства съда в преценката да разбере волята на административния орган и да извърши контрол за законосъобразността на акт. Изложеното обосновава основание за отмяната на акта в тази му част и по чл.146 т.3 от АПК.

По отношение размера на определената корекция - решението съдържа кратки мотиви относно процентния показател на размера на корекцията, но не е посочена стойността на същата, за да е ясна волята на административния орган. Това в настоящия случай е необходимо, доколкото е налице изменение на нормата на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ, който текст в действащата си към момента на издаване на решението редакция, приема за средства от ЕСИФ и предвиденото в програмите национално съфинансиране, което пък според легалната дефиниция в параграф 1 т.8 от ДР на ЗУСЕСИФ е съфинансиране, осигурено чрез трансфер от централния бюджет съгласно чл. 60, т. 2 от Закона за публичните финанси (финансиране от бюджета на бюджетната организация – бенефициент или чрез трансфер от централния бюджет или от друг бюджет).

С оглед изложените съображения, съдът намира, че оспореното решение на ръководителя на УО на ОПДУ издадено в нарушение на материалния закон, което съставлява основание за отмяната му по чл. 146, т.4 от АПК.

При този изход на спора и своевременно направеното искане за присъждане на съдебни разноски, на основание чл. 143, ал.1 от АПК съдът следва да осъди ответника да заплати на Агенция „Митници“ претендираните разноски за държавна такса в размер на 1 700 лв. и за юрисконсултско възнаграждение в размер на 300 лв.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 66 състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на „Агенция „Митници”, Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-247 от 30.07.2020 г. на директора на дирекция „Добро управление” и Ръководител на УО на Оперативна програва „Добро управление“, с което на Агенция „Митници” като бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.002-0002-C02/31.10.2016 г. е наложена финансова корекция в размер на 5% върху изразходваните средства – допустими разходи по засегнатия договор, сключен на 13.03.2017 г. с изпълнител [фирма], финансиран от ОПДУ.

ОСЪЖДА Дирекция „Добро управление“ да заплати на Агенция „Митници“ разноси за държавна такса в размер на 1 700 лв. и за юрисконсултско възнаграждение в размер на 300 лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването му на страните с връчени преписи.

СЪДИЯ: