

РЕШЕНИЕ

№ 8495

гр. София, 13.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в публично заседание на 28.03.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **299** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на 145 и сл. от АПК вр. чл.27, ал.1 и чл.73 ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], представлявано от С. Д.-изпълнителен директор, чрез адв. Г. Г., срещу Решение за частично съгласуване на обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5863/07.12.2023 г. на зам. изпълнителния директор на Държавен фонд ”Земеделие” /ДФЗ/, с което: I. е съгласувана частично проведената на основание чл. 73, ал. 1 от ЗОП обществена поръчка с предмет: „Избор на изпълнители за извършване на строително - монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи” ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г.“ в частта ѝ за обособена позиция № 25 с избран изпълнител „Аква конструктор“ ЕООД, ЕИК:[ЕИК], по Административен договор № РД 50-250 от 27.11.2023 г. за отпускане на финансова помощ, сключен между Министерство на земеделието и храните, ДФ „Земеделие“ - РА, и „Напоителни системи” ЕАД с УРН 181808.

II. На основание чл. 3, ал. 2, предложение второ от 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 е определена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществената поръчка със стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 3 180 618,34 (три милиона сто и осемдесет хиляди шестстотин и осемнадесет лева и тридесет и четири стотинки) лв. без ДДС, за нарушение на изискванията на чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП, изразяващо се в използване на методика за оценка на офертите, която дава прекомерна свобода на комисията при присъждането на точки и създава предпоставки за субективизъм, което попада в обхвата на т. 11 б.,б“ „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“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

В жалбата се навеждат доводи за неправилност и незаконосъобразност на оспорения акт, като издаден при съществени нарушения на административно производствените правила и противоречие с материалния закон. Сочи се, че финансовата корекция е наложена във връзка с обществената поръчка по обособена позиция 25 „НС „И.“ „магистрален напоителен канал М-1 –ремонт на облицовка и съоръжения в участък от ХКМ 0+00 до ХКМ 49+43, землище [населено място], [община], Софийска област“, „Напоителни системи ЕАД - С.-клон“, при спазване на всички изисквания на чл.70 ал.7 от ЗОП,противно на констатациите на адм.орган в оспореното решение. Твърди се ,че е била осигурена съпоставимост между отделните оферти, без да е налице ограничаване на достъпа на участниците в процедурата и гарантиране на реална конкуренция. Твърди се ,че възложителя ясно е конкретизирал ,в кои случай ще се приеме ,че не са налице надграждащи условия,като е анализирал всеки един от тях посочени в Таблица 1 и Таблица 2 от методиката. Оспорва се изводът, че методиката е неясна и дава възможност за субективизъм при оценяване на предложенията и настоява , че същата е изготвена в съответствие със ЗОП,поради което за ответника не били налице основания за налагане на финансова корекция . Оспорва последната , както по основание ,така и по размер. Моли да се има предвид, че при предварително съгласуване с органа не са били налице забележки по отношение на предвидените изисквания при проведената и приключила съгласувателна процедура по провеждане на предварителен контрол и одобрението от ДФЗ. Иска се от съда да отмени обжалвания акт като незаконосъобразен в частта за определяне на финансова корекция, възлизаща на сумата от 159030.92 лв и връщане на преписката на органа със задължителни указания за прилагането на закона, алтернативно намаляване на ФК. Претендира разноси.

В съд.заседание жалбоподателя се представлява от адв. Г. ,която поддържа жалбата на изложените в нея основания и моли за отмяна на оспорения акт.

Ответникът - зам. изпълнителния директор на ДФ Земеделие, редовно уведомен, не се представлява. С Молба от 12.03.2024 г. /л.534/, подана чрез юрк. Л. , оспорва жалбата. Претендира присъждане на юрисконсулско възнаграждени.

Софийска градска прокуратура не взема участие в производството.

Административен съд София – град, след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Между ДФ „Земеделие“ - РА и „Напоителни системи" ЕАД е сключен договор №

РД50-250 от 27.11.2023 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие на селските райони за периода 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони по подмярка 4.3 „Подкрепа за инвестиции в инфраструктура, свързана с развитието, модернизиранието или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ от ПРСР 2014-2020 /стр.59 и сл. от делото / .

Във връзка с реализиране на проекта, от изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Избор на изпълнители за извършване на строително - монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи“ ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г.“ по обособена позиция № 25 „НС „И.“, магистрален напоителен канал М-1 - ремонт на облицовка и съоръжения в участък от ХКМ 0+00 до ХКМ 49+43, землище [населено място], [община], Софийска област”, „Напоителни системи ЕАД - С.-клон”:

За определяне на изпълнител на обществена поръчка за обособена позиция № 25 е определен за изпълнител „Аква конструктор“ ЕООД, ЕИК:[ЕИК] , с който е сключен договор за възлагане на обществена поръчка № Д-53-2225-192/30.10.2023 г. /жълт класър / на стойност 3816742.02лв с ДДС, като в тази цена са включени 5% непредвидени разходи в размер на 151459.02 лв без ДДС или 181749.62лв с ДДС .

В рамките на процедурата възложителят е одобрил методика за оценка на офертите, съгласно която: „Обществената поръчка се възлага въз основа на икономически най-изгодната оферта. Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа критерии за възлагане - „оптимално съотношение качество/цена” по смисъла на чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, което се оценява въз основа на цената и на показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка“.

В методиката са определени финансов показател с максимален брой точки 30 и технически показател с максимален брой точки 70, формиран от подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой точки 40 в техническия показател и „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ с максимален брой точки 30 в техническия показател.

Съгласно указанията за определяне на оценките по подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ същите се формират на основание предложения от всеки участник подход за изпълнение на поръчката за съответната обособена позиция и съгласно точкова система за оценяване по скала, посочена в документацията за участие в обществената поръчка. Съгласно одобрената от възложителя методика за оценка на офертите, технически предложения, които отговарят на минималните изисквания на възложителя, описани в Таблица № 1, получават 25 точки. В Таблица № 2 са посочени три надграждащи обстоятелства, всяко от които носи по пет допълнителни точки. Определените от възложителя надграждащи обстоятелства са следните:

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. Посочва се ,че 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 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 предмета и обхвата на мярката и Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.

За да приеме ,че е налице нарушение на горепосочените разпоредби на ЗОП , адм.орган е приел следното :

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 указанията не става ясно и кои моменти от изпълнението на поръчката се приемат от възложителя за ключови, съответно не са дадени насоки, кои моменти ще възприемат като неключови. 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. Не става ясно и как комисията ще определи дали изпълнението на поръчката е ефективно или съответно не е ефективно. В методиката не е указано каква организация на обезпечаване на необходимите ресурси се ценят от възложителя като основание за получаване на допълнителен брой точки.

В заложените условия на второто надграждащо обстоятелство 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. 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. 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 обоснована.

В описанието на третото надграждащо обстоятелство за получаване на допълнителен брой точки е въведено понятието „допълнителни мерки“. Това понятие не е разяснено от страна на възложителя, като наред с това 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.

Предвид изложеното методиката 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.

В нормата на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т.3 от ЗОП е предвидено, че в документацията възложителят следва да посочи методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация и да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. В случая посочените изисквания 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 от адм.орган, че при изготвяне на методиката за оценка по обществената поръчка възложителят е допуснал нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т.3 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 потенциални участници и офертите си, за да получат максимален брой точки в нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т. 3 от ЗОП. 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.

Правилна е препратката към нормативната регламентация в областта на обществените поръчки , въвеждащи императивното изискване методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, което да гарантира запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които да предложат оферта, целяща най-добро класиране. Показателите следва да са със стриктно формулирано съдържание и с оглед степента на съответствие, да са определени точни указания за тяхното оценяване.

Предвид факта, че тежестта на финансовия показател е с максимален брой точки 30, то незаконосъобразно заложения подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой точки 40 в техническия показател ще вземе превес при образуване на комплексната оценка, съответно при финалното класиране на участниците. Следователно , чрез така утвърдената от възложителя няма да бъде постигната целта да бъде избран изпълнител, предлагащ икономически най-изгодната оферта въз основа на заложения критерий „оптимално съотношение качество/цена”.

В заключение органа е приел , че методиката за оценка е незаконосъобразна, не дава достатъчна и пълна информация за начина на определяне на оценката, получаването на точки не е обвързано с предварително зададени обективни критерии и оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията, което има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата, съответно методиката противоречи на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП, във вр. с чл. 2 от ЗОП.

Досежно приложения метод за определяне на ФК и нейния размер е посочено ,че естеството на нарушението не позволява да се установи точния размер на финансовата загуба, поради което диференциалният метод за определяне на финансовата корекция е неприложим. С оглед на това, финансовата корекция е определена по пропорционалния метод, като нарушението може да бъде отнесено към категорията нарушения, посочени в точка 11 „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”, буква б) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. За тази категория нарушения е предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер на 5 % (пет на сто) от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по обособена позиция № 25.

На бенефициента е дадена възможност да изрази становище по направените констатации. В писмото до него е указано изрично какви нарушения са констатирани, каква нередност те съставляват и каква санкция предстои да бъде наложена. В предоставения срок дружеството е депозирало възражения ,приети за неоснователни от УО и е издадено

оспореното пред настоящата инстанция Решение № 03-РД/5863/07.12.2023 г. на зам. изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие".

С оглед установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК във вр. с срещу акт, подлежащ на оспорване по съдебен ред, от надлежна страна, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Със Заповед № 03-РД/3089/22.08.2022 г. на изп. директор на ДФЗ /л.22 и сл. от делото / правомощията за издаване на решения за налагане на финансови корекции са делегирани на зам. изпълнителния директор на ДФЗ "Земеделие" – И. П. И., посочени в т.1.40 от същата, избрана с Протокол № 197 от заседание на УС, състояло се на 19.08.2022 г., с ресори прилагане на мерките от ПРСР 2014-2020 г. и ПМДР 2014-2020г. Следователно обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма – писмена, с посочване на правни и фактически основания за постановяването му. При издаване на оспореното решение не са допуснати каквито и да било съществени процесуални нарушения, които да накърняват правото на защита на жалбоподателя.

При преценка на съответствието на акта с материалния закон, съдът съобрази следното:

Нормата на чл. 70. (1) от ЗУСЕФСУ предвижда, че финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на определени основания, едно от които е това по т. 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.

Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП в действащата редакция към момента на одобряване на методиката, в документацията на обществената поръчка възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва:

-да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации (т. 1);

-да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите (т. 2);

-да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за

правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател (т. 3), като за: количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване (б. "а"); качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (б. "б").

Съдът споделя доводите на административния орган, че приетата методика в частта, касаеща въвеждането на т.нар. „надграждащи“ показатели, изложени в таблица 2 от Методиката /стр.126 и сл. от делото /, допуска по същество оценяване на пълнотата и подхода при представяне на информацията от страна на кандидатите, тъй като за всеки от коментиранията показатели по таблица № 2 е предвиден максимален размер точки 5т., т.е. възможно е да не се получат тези 5т., респ. всички възможни 15 точки за трите показателя.

Посоченото в оспореното решение „правно основание за налагане на ФК - чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, предполага посочване на допуснатото от бенефициента на помощта, нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. В случая, като нарушенията от страна на националното законодателство са посочени нормите на чл. 70, ал. 7, т.1, 2 и т. 3 от ЗОП, както и основни принципи, залегнали в ЗОП –на прозрачност, равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, съгласно чл.2 ал.1 от същия закон.

Следва да се посочи, че съдът извършва своята преценка за законосъобразност на оспорения пред него акт въз основа на изложените в акта фактически основания, като не е обвързан с дадената от административния орган правна квалификация, тъй като може да прецени коя е относимата към казуса такава въз основа на направените фактически установявания. В този смисъл, доколкото в мотивите на решението ясно е посочено, че финансовата корекция се налага за допуснати конкретни нарушения на българското законодателство, извършени чрез действие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, то същите съответстват на разпоредбата на чл. 70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ / свързани с определянето на изпълнител по глава IV/.

Съгласно ал.2 на горната разпоредба „Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет „, а това 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 / Наредбата /

В чл. 2, ал. 1 от Наредбата е посочено, че нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

В случая от събраните доказателства се установява по безсъмнен начин, че в качеството си на възложител на обществената поръчка, „Напоителни системи „ЕАД е допуснал нарушение на българското законодателство, а именно - чл. 70, ал.7 от ЗОП.

Установено е несъответствие със законовите изисквания ,доколкото липсва яснота относно това какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, по кой обективен критерий ще се извърши оценка на „надграждането“ на офертата.

Разпоредбата на чл. 70, ал. 7 от ЗОП ,както вече беше посочено , задължава възложителя в документацията да посочи методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като са предвидени три отделни изисквания към начина за определяне на оценката. Съгласно първата точка начинът 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. 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 определяемите 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. Тази самостоятелност не изключва правилото, че при изготвяне на методиката възложителите трябва да спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП. Следователно 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. Показателите следва да имат точно и конкретно формулирано

съдържание и с оглед степента на съответствие, да са определени точни указания за тяхното оценяване.

Липсата на ясни указания в изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки не дава възможност за обективна оценка, основана на измерими критерии и обуславя възможност за субективизъм при оценяване. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат предложения по обществената поръчка, което води до ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата.

В унисон с тезата на ответната страна, съдът приема, че в Методиката е налице неяснота относно обстоятелството какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания за допустимост на офертата, за да получат максимален брой точки, респективно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на допълнителните показатели на офертата.

За да бъде методиката за оценка законосъобразна, при нейното прилагане следва гарантирано да се достигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. Тоест, оценката следва да е обусловена от конкретни критерии - логически категории и технически разбираеми понятия, използването на които не поражда съмнение в субективност при работата на комисията.

Методиката за определяне на комплексна оценка, приложена от жалбоподателя, не дава ясни инструкции за начина на определяне на оценката на техническите предложения, присъждането на точките по отделните показатели не е обвързано от изпълнението на обективни условия и/или предварително зададени обективни критерии, а зависи преимуществено от субективната преценка на членовете на комисията. Отсъствието на точни и ясни указания за определяне на оценката води до липса на обективни критерии за сравнение и съпоставяне на отделните предложения на кандидатите. Така Методиката създава условия за неравно третиране на участниците. В този смисъл е верен изводът на органа, че методиката в случая не дава възможност да бъдат оценени офертите в съответствие с техническата специфика на поръчката, не дават достатъчно яснота на участниците какво описание следва да направят за получаване на максимален брой точки. Преценката дали конкретни предложени мерки гарантират качествено и навременно изпълнение на дейностите по поръчката не се основава на предварително зададени обективни измерители, а се обуславя изцяло от преценката на комисията. Споделят се доводите на органа, че не е ясно кои елементи от изпълнението на поръчката ще се приемат за ключови и кои не по т. 1 от

Таблица 2 , нито кои фактори ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката, както и каква именно организация на обезпечаване на необходимите ресурси ще се ценят.

По отношение на второто надграждащо условие, касаещо вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретни технически подходи, които да гарантират ефективно и навременно изпълнение, то становището на органа е че липсват ясни критерии кое ще се приеме за гаранция за добро изпълнение, как комисията би оценила дали и кога е налице повишаване на ефективността на изпълнението, то жалбата е посочено, че това условие е принципно, но едновременно с това е важно какви точно мерки за контрол предвижда кандидата, което също би представлявало допълнителна гаранция за успешно изпълнение. И тук противоречиет е налице и то се дължи именно на пълната неяснота в заложеното условие. Действително наличие на вътрешен контрол не може да се приеме за гаранция за ефективно и навременно изпълнение на поръчката, когато липсват ясни изисквания към кандидатите, конкретни условия и посочен критерии кой елемент от изискването, по какъв начин и с каква тежест би се оценил. В тази връзка са споделими изводите на органа , че начина на формулиране на надграждащите условия води до субективизъм и произвол в работата на оценителната комисия.

Относно третото надграждащо условие, касаещо „допълнителни мерки“ за намаляване на негативното въздействие върху околната среда в жалбата е посочено единствено, че те се различават от общите /базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими/, т.е трябва да са различни, не трябва да ги повтарят. Правилно е отбелязал органа, че не ясно как и по какви критерии „допълнителните мерки“ следва да се отличават от основните, на какви изисквания следва да отговарят, освен че следва да се отчита спецификата на работата. Така заложеното изискване не дава насоки кое предложение би се приело за отговарящо на критерия и кое не, респективно как комисията би оценила предложенията.

По изложените съображения органът правилно и законосъобразно е заключил, че Методиката за оценка не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, нито да се сравнят и оценят обективно предложенията на участниците, а напротив дава възможност за субективна преценка и неограничена свобода на избор, без осигуряване на реална конкуренция.

Налице е нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. "б" вр. чл. 2 ал.1 от ЗОП, за което правилно е наложена ФК в хипотезата на 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: 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.

Вярна е и констатацията на адм.орган ,посочена в оспореното пред настоящата инстанция решение , че давайки привес в броя на точките , които са заложиени по подпоказател „Подход за изпълнение напредметана поръчката“ -40т ,пред показателя „Финансовия критерий“-30т. ще се стигне до нарушаване на заложените критерий , „ оптимално съотношение качество/цена“.

Обстоятелството , изтъкнато от жалбоподателя ,че Методиката е била предварително съгласувана и органа не е имал забележки е ирелевантно , доколкото производството за налагане на ФК е отделно производство и в рамките на последващ контрол , предоставящия БФП винаги би могъл да извърши проверка и да направи съответните констатации.

Това нарушение правилно е квалифицирано като нередност 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: 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,както беше посочено по-горе. Правилно е прието, че финансовото отражение на това нарушение не може да бъде измерено, поради което за определянето на финансовата корекция на основание чл. 3, ал. 2 от Наредбата е ползван пропорционалният метод.

В тази връзка съдът споделя съдебната практика ,според която предвид националното и европейското законодателство , наличието на реална вреда не се поставя като изискване. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасяне на вреда на общия бюджет. От това следва, че нито националното, нито европейското законодателство изискват доказване на наличието на реална вреда, доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, а в случая безусловно такава

възможност е налице. Това от своя страна изключва застъпената от оспорващия теза за липса на реално настъпила щета, представляващо основание за липса на подлежаща на финансова корекция нередност.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл.72, ал.3 от ЗУСФСУ , който гласи: „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи“. В този смисъл е и чл.3, ал.2 от Наредбата: “Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно – чрез пропорционален метод”. Поради спецификата на конкретното нарушение, безусловно рефлектиращо върху конкуренцията в поръчката, обективно е невъзможно да се определи точен размер на причинената вреда, тъй като не е възможно да се установи кои икономически обекти на пазара не са участвали в проведената от МП на Република България процедура за възлагане на обществена поръчка, както и каква би била стойността на договора за изпълнение при друг участник. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Предвиденият в 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, размер на финансовата корекция е процентен показател от 5 на сто.

Следователно правилно е определена основата на финансовата корекция – стойността на допустимите разходи по договора, сключен с изпълнителя, финансирани със средства от европейските фондове ,към която е приложен съотв.процентен показател за корекция от 5%.

С оглед гореизложеното съдът приема, че атакуваното решение е издадено при спазване на материалния закон, доколкото по делото е безспорно установено нарушение на приложимото право на българското законодателство, извършено чрез действие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ по смисъла, вложен в чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ .

Административният акт е постановен и при съблюдаване на законовата цел. Съгласно чл. 4, ал. 2 от АПК, административните актове се издават за целите, на основанията и по реда, установени в закона. Финансовата корекция е предвидена мярка, която се налага с цел да се коригират последиците от едно неправомерно действие или бездействие, като се възстановят незаконосъобразно предоставени средства.

Съгласно чл. 71, ал.1 от ЗУСЕФСУ чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Именно с тази цел е наложена и процесната финансова корекция, което обуславя извода, че същата е определена при спазване на законовата цел.

С оглед изхода на спора искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски в минимален размер е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 изр. 2 от Наредбата за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ и чл. 143, ал. 3 от АПК, съдът

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Напоителни системи“ ЕАД , ЕИК[ЕИК], представлявано от изп. директор С. Д., против Решение № 03-РД/5863/07.12.2023г. на зам. изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие".

ОСЪЖДА „Напоителни системи“ ЕАД да заплати на Държавен фонд "Земеделие" разноски по делото за юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 (сто и петдесет) лв.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ:

