

РЕШЕНИЕ

№ 5159

гр. София, 07.10.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 10.09.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **4254** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73,, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Патентно ведомство на Република България срещу Решение №РД-16-330 от 23.04.2020г., с което е наложена финансова корекция в размер на 10% от размера на БФП по договор № 90-00-51 от 04.11.2019г. с изпълнител К и Б К. Е. в размер на 69 560лв., издадено от Ръководителя на Управляващия орган по административен договор проект BG16RFOP002-1.004-0002-C01 с предмет: „Повишаване качеството, ефективността и ефикасността на предлаганите от Патентното ведомство на РБ услуги за бизнеса, свързан със закрилата на обектите на индустриалната собственост “ с бенефициент Патентно ведомство по процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ. Заявено е твърдение, че така постановеното решение е незаконосъобразно, неправилно и издадено при съществено нарушение на административнопроизводствените правила. Отправено е искане за неговата отмяна.

В съдебно заседание жалбоподателя ПВ на РБ, редовно призован, чрез процесуален представител поддържа жалбата. Претендира присъждане на направените по делото разноски.

Ответникът по оспорване – Ръководителя на Управляващия орган „ОПИК 2014-2020“

не се явява и не се представлява.

Представител на СГП, редовно уведомена, не се явява.

По фактите.

От представените по делото доказателства се установява, че с атакуваното решение от 23.04.2020 г. /л. 18/ Ръководителят на Управляващия орган /УО/ на ОПИК 2014-2020 г. е приела, че ПВ в качеството ѝ на бенефициент по договор № 90-00-51 от 04.11.2019г. с изпълнител К и Б К. Е. в размер на 69 560лв., по проект BG16RFOP002-1.004-0002-C01 с предмет: „Повишаване качеството, ефективността и ефикасността на предлаганите от Патентното ведомство на РБ услуги за бизнеса, свързан със закрилата на обектите на индустриалната собственост “ с бенефициент Патентно ведомство по процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ е провел процедура в нарушение на правилата по ЗОП, поради което и е налице основание за квалифициране на извършеното като нарушение водещо до налагане на финансова корекция.

Относно законосъобразността на атакувания акт:

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ. Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 30 , ал. 1, т. 2 от Устройствения правилник на МИ (приет с ПМС № 447 от 23.12.2014 г., обн., ДВ, бр. 108 от 2014 г., изм. ДВ. Бр. 106 от 21.12.2018 г.), чл. 61 от АПК, т. 1 от Решение № 574 от МС и чл. 9, ал. 5 от Закона за финансовото управление и контрол на публичния сектор и съобразно горесцитираната заповед от 06.01.2020 г. на Министъра на Икономиката, с която С. К. в качеството ѝ на и.д. главен директор на главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ на МИ е определен за ръководител на Управляващия орган на ОПИК 2014-2020 г.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок.

Относно материално-правната законосъобразност на оспореното решение, в частност наличието на констатираното нарушение, съдът намира следното:

Според легалната дефиниция на чл.2, т.36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013г. „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. В този смисъл само такова нарушение, което има или би имало финансово отражение, представлява нередност по смисъла на цитираната норма, като при всички случаи следва да е налице причинно-следствена връзка между нередността и потенциалния вредоносен

финансов резултат върху бюджета на Съюза.

В случая от страна на ръководителя на УО на ОПРР 2014-2020 са констатирани две нарушения, които са квалифицирани като нередности: 1. Въвеждането на непропорционален критерий за подбор, отнасящ се до техническите и професионалните способности на участниците; 2. въвеждане на непропорционален показател за оценка.

Съгласно разпоредбата на чл.70, ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция само на някое от лимитирано посочените правни основания. Следователно българският законодател приел, че всяко от посочените в чл.70, ал.1 от ЗУСЕСИФ основания води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като води до отчитането на неоправдан разход в общия бюджет.

При така цитираната правна рамка, за да установи наличието на нередност, националният управляващ орган трябва да обоснове, че със съответното действие или бездействие на бенефициента е допуснато нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, което е свързано с неговото прилагане. В случая органът твърди, че са налице горецитираните три нарушения, засягащи норми от ЗОП и касаещи процедурата по обявяване и провеждане на поръчката с възложител Патентно ведомство.

Тези нарушения, ако в действителност са осъществени, биха попаднали в хипотезата на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ – 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 ЕСИФ.

Съгласно чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ е 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 от 28.03.2017г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017г., в сила от 31.03.2017г., изм., бр. 68 от 22.08.2017г., в сила от 22.08.2017г. Точка 9 на Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата, основание за констатираната нередност, сочи като причина за нередността – „Непропорционални критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“.

Както съдът вече посочи, спорът между страните по настоящото дело е относно правилното приложение на материалния закон във връзка с квалификацията на нередностите и налагането на финансовата корекция.

По първото посочено основание свързано с въвеждането на непропорционален критерий за подбор, отнасящ се до техническите и професионалните способности на участниците, съдът намира следното.

Видно от документацията във връзка с обществена поръчка с предмет: “доставка и монтаж на климатици, таванен тип за нуждите на ЦПБ”, възложителят е въвел следния критерий за подбор: “участниците следва да разполагат с минимум един официален сервиз на територията на РБ”.

Според УО, критерия за подбор неправилно е адресиран към участниците в процедурата, тъй като потенциалните изпълнители на този етап от процедурата нямат

сигурност, че ще им бъде възложена обществената поръчка, поради което те нямат интерес да осигурят сервиз на територията на страната, в случай, че не разполагат с такъв. Отново според УО, това изискване следва да бъде насочено към избрания изпълнител, а не към участниците в поръчката, респективно да бъде посатвено като условие за сключване на договор, а не като критерий за подбор на етап “подаване на оферта”.

Съдът намира, че спорът между страните е доколко заложеното от страна на жалбоподателя изискване към участниците за представяне на доказателство за доказване на критерий за подбор на етап подаване на оферти е законосъобразно, не от гледна точка на това колко и какви изисквания може да въвежда възложителя и доколко те се отразяват на свободната и лоялна конкуренция, равнопоставеността и недопускане на дискриминация като основни принципи въведени в ЗОП, в какъвто смисъл са изложените аргументи на жалбоподателя, а доколко поставянето на това изискване в този първоначален етап не води до въвеждането на неоправдана административна и/или финансова тежест.

Според настоящия съдебен състав, е правилен извода на УО, че залагането на изискване за представяне на доказателство за доказване на критерий за подбор на етап подаване на оферти е незаконосъобразно, в нарушение на чл. 67, ал.1 от ЗОП, като същото се явява ограничително доколкото се създава необоснована административна тежест за потенциалните участници в процедурата. Критериите за подбор са в оперативната самостоятелност на възложителя, видно и от нормите на чл. 59, ал. 1 от ЗОП и чл. 63, ал. 1 от ЗОП, но в случая, в противоречие с чл. 2, ал. 2 от ЗОП е самото въведено изискване. Разпоредбата принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната е само ако те необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка. Конкретното ограничение не е обосновано от предмета и количеството или обема на обществената поръчка - в т. См. Решение № 7494 от 20.05.2019г. По адм.д. № 7972/2019г. На ВАС; Решение № 2075 от 10.02.2020г. По адм.д. № 13 728/2018г. На ВАС и др. Нарушението има негативно финансово влияние и изпълнява предпоставките на нередност, тъй като вписването му в обявлението създава допълнителна административна тежест за участниците, което намалява конкуренцията. Същото нарушава конкретна разпоредба на националното законодателство; произтича от действие на икономически оператор и има финансово отражение върху бюджета на общността, доколкото създава предпоставка за неподаване на икономически най-изгодни оферти, което би довело до вреда на бюджета на ЕС.

По второто нарушение, квалифицирано като нередност - въвеждане на неправомерен показател за оценка.

Посочено е в обжалваното решение, че в утвърдената от възложителя методика за оценка е включен показател П1 “Организация на персонала отговорен за изпълнение на поръчката”. Според УО, позовавайки се на чл.70, ал.4, т.2 от ЗОП, показателите за оценка могат да включват организацията и професионалната компетентност на персонала, когато качеството на ангажирания с изпълнение на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението ѝ.

По така въведения с решението спор съдът намира следното.

Методиката на оценката следва да съдържа ясни, точни и безпротиворечиви правила

как се извършва оценката. Ако в методиката за оценка за използвани неясно формулирани изрази, не може да се направи извод, че оценяването ще е обективно и дали изискването, въведено в закона за обективност ще бъде спазено или обратното ще е налице субективизъм при извършване на оценката на кандидатите. В този смисъл показателите за оценка следва да бъдат точно определени по съдържание и свързани с предмета на поръчката. В случая критериите за оценяване са неясни и предполагат субективна интерпретация и прилагане от членовете на комисията. Използваните категории, като “необходимия човешки ресурс”, “механизми за осигуряване на качествено изпълнение” и т.н., не внасят определеност, с което са създадени условия за необективно оценяване и е налична хипотеза на демотивация и отказ от участие в процедурата. Така формулираните критерии за оценка не осигуряват на потенциалните кандидати достатъчно информация за правилата, въз основа на които комисията ще определя оценките. Налице е значителна свобода на преценка на конкурсната комисия, което поставя под съмнение гарантирането на обективно и прозрачно оценяване, а това противоречи на визираните в ЗОП принципи на равно третиране и на лоялна конкуренция, и конкретно на разпоредбата на чл.70, ал.7 от ЗОП относно начина на определяне на оценката по всеки показател. Чрез използване на абстрактни категории, които не съставляват качествен аспект, свързан с предмета на поръчката, а описание на мерки, методи и подходи на практика възложителя е определил неправомерни показатели за оценка. Така например не става ясно как изпълвайки със съдържание въведената от възложителя категория “необходим човешки ръководен екип и персонал”, изпълнителя на ОП ще може да отговори на предварително и конкретно въведения минимално изискуем брой на технически лица, които всеки участник следва да осигури, ако му бъде възложена поръчката.

Налице е и твърдяното от УО нарушение на чл. 33, ал.1 от ППЗОП, касаещо пълнотата и начина на предоставяне на информация в документите и забраната, такова изискване да бъде въведено като показател за оценка на офертите. Видно от приетите по делото доказателства и по-конкретно заложената скала за оценяване на кандидатите ще бъде оценявано с по-голям брой точки предложение на участник, в което организацията на работа на екипа е разписана по-подробно и детайлно (на ниво отделна задача) в сравнение с описанието на организацията на работа според минималните изисквания, съгласно които участникът следва да посочи разпределението на отговорностите и дейностите между екипа, методите за осъществяване на комуникацията с възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга. Това показва, че по същество и в двата случая става дума за описание на организация на работния процес на екипа по изпълнение на услугата (разпределение на дейностите и отговорностите, взаимодействие между екипа и др.), като единствената разлика е, че по-голям брой точки ще бъдат присъдени за по-подробно и детайлно описание на работния процес, а именно – описание на отделните задачи на всеки член от екипа. От така разписаната методика за оценка по този показател се установява, че помощният орган на възложителя ще оценява предложенията на кандидатите именно с оглед пълнотата и начина на представяне на информацията относно организацията на изпълнението на дейностите в нарушение на забраната на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. В този см. Решение № 5546/13.05.2020г. По адм.д. № 9017/19г. На ВАС и др.

По силата на чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., при констатирани нередности, посочени в Приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансовата корекция не се натрупва, а след индивидуализиране на финансова корекция за всяко нарушение, се определя една обща корекция за всички нарушения, чийто размер е равен на най-високия приложим процент. От установените от страна на РУО два броя нарушения, съдът приема за доказани и двете. При определяне на конкретния размер на финансовата корекция административният орган действа в условията на оперативна самостоятелност, съответно неговото решение подлежи на съдебен контрол единствено относно правилното приложение на материалния закон във връзка с критериите, по които се определя конкретния размер – естеството и сериозността на нарушението, допуснато от бенефициента, и финансовото отражение, което то има или би могло да има върху средствата от ЕСИФ. В настоящия случай административният орган се е ръководил именно от тези критерии, като е изложил подробни мотиви относно налагане на процентен показател в размер на 10% от предоставената финансова подкрепа, като съобразявайки размера на ОП по Договора от 04.11.2019г., намира за правилно определената в размер на 8374.20лв. С ДДС.

Относно разноските и при този изход на спора, съдът намира, че следва да присъди на ответника направените такива за процесуално представителство в размер на 200 лв.

С тези мотиви, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Патентно ведомство на Република България срещу Решение №РД-16-330 от 23.04.2020г., с което е наложена финансова корекция в размер на 10% от размера на БФП по договор № 90-00-51 от 04.11.2019г. с изпълнител К и Б К. Е. в размер на 69 560лв., издадено от Ръководителя на Управляващия орган по административен договор проект BG16RFOP002-1.004-0002-C01 с предмет: „Повишаване качеството, ефективността и ефикасността на предлаганите от Патентното ведомство на РБ услуги за бизнеса, свързан със закрилата на обектите на индустриалната собственост “ с бенефициент Патентно ведомство по процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ.

ОСЪЖДА Патентно ведомство на Република България да заплати на Министерство на икономиката сумата от 200 лв. деловодни разноски.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд с касационна жалба в 14-дневен срок от съобщаването.

СЪДИЯ: