

РЕШЕНИЕ

№ 4003

гр. София, 17.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 18.05.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **11465** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по повод на жалба вх. № 36921 от 24.11.2021 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № 02.50 – 15 от 18.11.2020 г. по описа на Министерски съвет, подадена от Министерство на правосъдието, представлявано от министъра на правосъдието срещу решение № ФК – 2020 – 252 от 04.11.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Добро управление” (ОПДУ) за определяне на финансова корекция в размер на 5% върху допустимите, засегнати от нарушението, разходи по договор № ВСС – 14505 от 30.11.2018 г. с [фирма], на основание 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 ЗУСЕСИФ.

С жалбата се иска съдът да отмени изцяло обжалваното решение като немотивирано, необосновано и издадено в противоречие с материалноправните разпоредби, съществено нарушение на административнопроизводствените правила и несъответствие с целта на закона. Оспорващият не е съгласен с изводите на УО за наличие на нарушение, попадащо в хипотезата на чл. 70, ал.1, т. 9 и ал.2, чл. 71 и чл. 72 от ЗУСЕСИФ – нередност, съставляваща нарушение на правилата по ЗОП, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или

би имало за последица нанасянето а вреда на средствата на ЕСИФ и прави уточнение, че нарушенията по ЗОП следва да се разграничават от нарушенията, за които се определят финансови корекции. Защото последните са изчерпателно изброени в Приложението към Наредбата, като не е достатъчно органът да посочи, че дадено действие нарушава конкретна разпоредба от ЗОП, а мотивирано да обоснове това нарушение като такова, съобразно разпоредбите на Наредбата , и то в контекста на понятието за нередност и нейния фактически състав. Инвокират се доводи, че в решението на УО неправилно се твърди, че определените в методиката за оценка подпоказатели КИП и в частност предвидените в методиката за оценка в т. 3.2 „План за изпълнение на обществената поръчка“ и т.3.3 „Организация на човешкия ресурс“, са формирани по начин, който не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация, представляват нарушение на чл. 70, ал.7, т.1. от ЗОП. Жалбоподателят възразява и срещу налагането на финансова корекция за извършено нарушение на чл. 2, ал.2 и чл. 70, ал.4, ал. 7, т.1 от ЗОП, свързани с формулирането на подпоказател „Управление на риска“, тъй като неправилно в решението на УО е прието, че това е недопустим показател за оценка на качеството на техническите предложения, поради обстоятелството, че не попада в обхвата на нито една от хипотезите на допустими показатели по чл. 70, ал.4, точки 1 – 3 от ЗОП. На следващо място МП счита, че не е налице нарушение на чл. 2, ал.2 от ЗОП, тъй като по никакъв начин не е ограничена конкуренцията, тъй като в хода на обществената поръчка (ОП) оферти за участие са подали 6 участника, като сам по себе си този факт е достатъчно доказателство, че не са налице условия, ограничаващи потенциалните участници. Не на последно място оспорващият посочва, че в тежст на УО е да докаже, че нарушението има или би имало за последица нанасянето на вреди на общия бюджет на Европейския съюз (ЕС), като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. В хода на съдебното производство – жалбоподателят редовно призован, се представлява от юрк. Р., която поддържа жалбата, предлага да се уважи и претендира разноски. Ответникът – ръководителят на УО на ОПДУ, редовно призован, се представлява от юрк. К., който оспорва жалбата, предлага да не се уважава и претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

От данните по делото се установява, че между жалбоподателя и УО на ОПДУ е сключен Договор № BG05SFOP001 – 3.001 – 0022 – C01 от 15.12.2017 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по процедура BG05SFOP001 – 3.001 за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ „Стратегически проекти в изпълнение на актуализирана стратегия за продължаване на реформата в съдебната система и стратегията за въвеждане на електронно управление и електронно правосъдие в сектор „Правосъдие“ 2014 – 2020 г.“, по проект „Ефективен достъп до правосъдие“.

В изпълнение на част от дейностите по проекта е подготвена проектна документация за възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП чрез открита процедура, с предмет „Консултантски услуги за въвеждане на мерки за повишаване на независимостта на съдебната власт“. С решение № ВСС – 5673 от 18.05.2018 г. жалбоподателят/възложител открил процедурата. Вследствие на процедурата е сключен договор № ВСС – 14505 от 30.11.2018 г. с изпълнител [фирма] на стойност

138 200, 00 лв. без ДДС (165 840 лв. с ДДС).

В административната преписка съдържа писмо рег. № BG05SFOP001 – 3.001 – 0022 – C03 – M100 от 13.10.2020 г., с което ръководителят на УО на ОПДУ е уведомил жалбоподателя, че при извършения последващ контрол за законосъобразност са констатирани нарушения по ЗОП при провеждане на откритата процедура, ограничаващи достъпа на участници и съставляващи основание за установяване на нередност и налагане на финансова корекция. В писмото е посочено, че са констатирани нарушения, които са подробно описани, а именно: „Определен е критерий за оценка на офертите по чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП: оптимално съотношение качество/цена, с показатели „Технически показател (ТП)“ с относителна тежест 70% в комплексната оценка на офертите и показател „Финансов показател (ФП)“ с относителна тежест 30%. Съгласно Методиката за определяне на комплексна оценка, оценката по показателя ТП се извършва въз основа на подпоказателите „ПК“ (професионалната компетентност на ключовия персонал, на който е възложено изпълнението на поръчката), „КИП“ (концепцията на участника за изпълнение на поръчката), „УР“ (предложенията на участника за управление на дефинираните от възложителя групи рискове, които могат да възникнат при изпълнението на договора) и „С“ (предложения срок за обработване на заявката за организиране на мероприятие). Подпоказателите КИП и УР съдържат незаконосъобразни условия“.

Жалбоподателят е подал писмено възражение с рег. № BC053POP001 - 3.001 – 0022 - C03 - M104 от 27.10.2020 г. След получаване на писмените възражения на жалбоподателя, ръководителят на УО на ОП РР издава решение за определяне на финансова корекция № ФК - 2020 – 252 от 04.11.2020 г., с което определя финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договор № ВСС – 14505 от 30.11.2018 г. с [фирма] на стойност 138 200, 00 лв. без ДДС.

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 8 –ми състав направи следните правни изводи:

Оспореното решение е връчено по електронен път на 04.11.2020 г. на жалбоподателя, видно от приетата по делото комуникация (л. 26). Жалбата е подадена на 18.11.2020 г. чрез ответника от надлежна страна, имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

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

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

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, съгласно приетите по делото заповед № Р – 90 от 10.05.2017 г. на министър – председателя на Република България.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал.1, т. 9 и ал. 2 от ЗУСЕСИФ, чл. 2, ал.1, чл. 3, чл. 5 и т. 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, във връзка с чл. 2, ал.2, чл. 70, ал. 4 и чл. 70, ал.7, т.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла на чл. 70, ал.1 т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: 9. за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание и мотиви представлява съществено нарушение на процесуалните правила и предполага незаконосъобразност на административния акт. Ал. 2 на чл. 70 от същия закон изрично предвижда, че случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В процесното решение е посочената като нарушена норма на чл.2, ал. 2 от ЗОП, която въвежда принципа, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Нарушаването на посочената разпоредба се отнася за констатирани нарушения.

Ръководителят на УО е приел, че е допуснато нарушение на чл. 70, ал. 4 ЗОП, където се казва, че показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 3 (Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на един от следните критерии за възлагане: 3. оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка), могат да съдържат: 1. измерител на качество, включително технически параметри, естетически и функционални характеристики, достъпност, предназначение за всички потребители, социални, екологични и иновативни характеристики и иновативни търговски техники и условия; 2. организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката, или 3. обслужване и поддръжка, техническа помощ и условия, като: дата на изпълнение, начин и срок на изпълнение или срок на завършване.

На следващо място е прието, че извършено и нарушение на чл. 70, ал. 7, т.1, от ЗОП, а именно, че в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации.

Самите нарушения от фактическа страна са следните:

1. Оценката по подпоказателя КИП се формира въз основа на наличието на три (40 т.), две (30 т.), едно (20 т.) или нито едно (10 т.) от следните три надграждащи обстоятелства над минималните изисквания на техническата спецификация:

„Предложени са минимум 3 метода за изпълнение на всяка под-дейност в обхвата на дейност 1;

За всеки един от предложените методи за изпълнение на дейност 1 са изложени аргументи защо същият е предложен и приложим към дейността, кои са преимуществата му пред други сходни методи, какъв е резултатът от неговото прилагане;

Мотивирано е разпределението на задачите между отделните експерти в екипа за всяка дейност в обхвата на поръчката".

Относимите минимални изисквания към подпоказателя КИП са формулирани в Техническата спецификация: „Участниците следва да опишат в своите технически предложения (Образец № 2):

3.1. Методология за изпълнение на Дейностите, включваща описание на методите и подходите, които участникът ще приложи при изпълнението на всяка от планираните дейности спрямо посочените в Техническата спецификация изисквания.

3.2 План за изпълнение на обществената поръчка, включващ описание и срок за изпълнение на конкретните задачи, които ще бъдат предприети при реализирането на всеки етап от всяка дейност в обхвата на поръчката и спрямо изискванията в Техническата спецификация, както и обосновка на предложените срокове и връзка с останалите дейности и задачи.

3.3 Организация на човешките ресурси (Екипа на изпълнителя) спрямо Методологията за изпълнение, етапите и конкретните дейности. Участниците следва да опишат конкретното разпределение и отговорности на членовете на екипа. "

По отношение на така формулираният подпоказател КИП, ответникът е приел, че са нарушени императивните норми на: чл. 70, ал. 7 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Съдът споделя изводите на ответника по отношение на този подпоказател, че аргументът: „ако изпълнителят не мотивира предложените от него методи, то ще е налице един декларативен подход, който по никакъв начин не гарантира на възложителя качествено изпълнение" подкрепя, а не отхвърля неговата констатацията за липса на надграждащ характер на спорните оценявани обстоятелства. Ако без излагане на аргументи защо са предложени определени методи за изпълнение на дейност 1 техническото предложение на участника „по никакъв начин не гарантира на възложителя качествено изпълнение", то такова предложение не удовлетворява минималните изисквания на възложителя за качествено изпълнение и участникът следва да бъде отстранен, а не оценен с по-малък брой точки.

Правилно УО е приел обяснението, че излагането на мотиви по второто и третото оценявано обстоятелство за избора на конкретен метод и за разпределението на задачите между отделните експерти в екипа дава възможност на възложителя да прецени доколко участникът познава спецификите и слабостите на подобни дейности, както и че това обстоятелство обосновава причинно - следствената връзка с повишаване на качеството на изпълнението, тъй като е налице пояснение на заложените минимални изисквания, а не допълнителни предложения с добавена стойност за постигане на по-високо качество. Наличието на мотиви в протокола от работата на комисията за поставянето на оценките на техническите предложения на участниците по съответните подпоказатели не санира липсата на обективни и уеднаквени критерии

за извършване на оценката, поради което обективното оценяване и сравняване на нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, е компрометирано.

2. Подпоказателят УР оценява наличието на три (20 т.), две (15 т.) или едно (10 т.) от следните надграждащи обстоятелства над минималните „превантивни и преодоляващи настъпването на риска мерки“:

„Всички идентифицирани рискове са обособени в категории, като е отчетена и анализирана вероятността от настъпване на риска и влиянието му върху процеса на изпълнение на договора.

Всяка от предложените мерки (за предотвратяване и преодоляване) на изброените рискове е описана в контекста и във връзка с предмета на настоящата поръчка и е представено обяснение по какъв начин съответната мярка ще допринесе за преодоляване и предотвратяване настъпването на посочения риск.

За всеки идентифициран риск е предложена повече от една мярка за предотвратяване настъпването на риска и повече от една мярка за преодоляване последиците на вече настъпил риск.”

Минималните изисквания спрямо предложението за управление на риска са заложили в методиката за комплексна оценка: „По показател **„Управление на риска“ (УР)** се разглеждат и оценяват предложенията на участниците за управление на дефинирани от възложителя групи рискове, които могат да възникнат при изпълнението на договора, а именно:

1. Кратки срокове за изпълнение на обществената поръчка.
2. Значително натоварване на служителите на ВСС и заинтересованите страни с текущите задачи в организациите, в които работят, което може да възпрепятства ефективното им включване в процеса на изпълнение на договора;
3. Проблеми при осигуряване на информация - неналична, не в необходимия за анализиране формат и необходимост от допълнително време за обработка, за да бъде подходяща за нуждите на анализа.
4. Промяна на членовете на екипа на възложителя и замаяната им с нови и необходимостта от време за въвеждането им в предмета и етапа на изпълнение на договора.
5. Липса на съдействие, ангажираност и недостатъчна (недобра) комуникация между заинтересованите страни по договора.
6. Съществени промени в указанията на оперативна програма „Добро управление“.

Подходът за управление на риска включва идентифициране, оценка и планиране на дейности за контролиране и избягване на риска.

Участникът следва да разгледа аспектите на проявление на описаните рискове, степента на въздействието им върху изпълнението на договора при възникване на риска, както и да предвиди мерки за минимизиране на риска и мерки за преодоляване на последиците при настъпването на риска. Това е минимално изискуемото от възложителя съдържание на предложението за изпълнение на поръчката по този показател, при

липса на което предложението на участника ще се счита за неотговарящо на минималните изисквания и няма да подлежи на оценка."

По отношение на така формулираният подпоказател КИП, ответникът е приел, че са нарушени императивните норми на: чл. 70, ал. 4, ал. 7, т. 1 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Прието е и че за двата подпоказателя - КИП и УР посочените нарушения на ЗОП попадат в обхвата на определението за нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 и § 1, т. 2 от Допълнителните разпоредби (ДР) на Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173/13.07.2016 г. На основание чл. 71, ал. 1, т. 9 и ал. 2 във връзка с чл. 72, ал. 1-5 от ЗУСЕСИФ, за този вид нередност е приложима финансова корекция по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Размерът на финансовата корекция (процентен показател) по т. 11, б. „б“ е 5% върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатия договор за обществена поръчка № ВСС-14505 от 30.11.2018 г. с изпълнител [фирма] на стойност 138 200 лв. без ДДС (165 840 лв. сДДС)“, или 6910,00 лв. без ДДС.

По отношение на този подпоказател, от обосновката на бенефициента става ясно, че идентифицирането, анализът, оценката на рисковете и планирането на дейности за контролиране и избягване на риска са част от единен подход за управление на риска, който следва да бъде разглеждан в цялост. Анализът на вероятността от настъпването на риска е част от оценката на риска с цел поставяне на количествена оценка и изграждане на матрица за оценка на степента на риска и поради това не може да бъде пропуснат при оценката на степента на въздействие, тъй като за малко вероятните рискове самоцелно изследване на степента на въздействие се обезсмисля. Минималното изискване участникът „да разгледа аспектите на проявление на описаните рискове“ е широко формулирано и включва и анализът на вероятността от настъпването им. Другият компонент на първото оценявано като надграждащо обстоятелство - „влиянието му върху процеса на изпълнение на договора“ - е изрично формулирана част от минималните изисквания, а именно: „... и да се следи тяхното влияние“, „степен на въздействието им върху изпълнението на договора при възникване на риска“.

Самото създаване на възможността за оценка от комисията в нарушение на свободната и равнопоставена конкуренция закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз поради допусната незаконосъобразност, която създава предпоставка за неподдаване на икономически най-изгодни

оферти и съответно за възпрепятстване избора на по-конкурентна оферта от тази на избрания изпълнител, с което възниква и потенциалната вреда за бюджета на Европейския съюз. Ако не бяха възпрепятствани евентуални участници с по-конкурентни оферти, общите разходи по финансиране на дейностите биха могли да бъдат по-ниски, а оттам и разходите за Европейския съюз биха били по – малки.

Нарушенията са класифицирани като нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Посочената точка от Приложение № 1 гласи следното: т.11 „Използване на критерии за подбор, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, буква „б” - 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” и предвижда размер на финансовата корекция на 5 % или 6910,00 лв. без ДДС

По изложените съображения съдът намира жалбата на Министерство на правосъдието за неоснователна и като такава не следва да се уважава. С оглед изхода на спора, следва да се уважи искането на ответника за присъждане на разноски по реда на чл.78, ал.5 от ГПК, във връзка с чл.37, ал.2 от Закона за правната помощ, във връзка с чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ в размер от по 100 лева. Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 8 - ми състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на правосъдието срещу решение № ФК – 2020 – 252 от 04.11.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление” за определяне на финансова корекция.

ОСЪЖДА Министерство на правосъдието, ЕИК[ЕИК] да заплати на Министерски съвет юрисконсултско възнаграждение по делото в размер на 100, 00 (сто) лева.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено

СЪДИЯ: