

РЕШЕНИЕ

№ 6094

гр. София, 24.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 49 състав,
в публично заседание на 22.06.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Йорданова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **9123** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс/АПК/, вр. с чл.27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба Изпълнителна агенция за насърчаване на малките и средните предприятия /И./, представлявана от изпълнителния директор, с адрес: [населено място], [улица], срещу Решение № РД – 11 – 1122 от 24.08.2021 г., издадено от заместник-министър на икономиката и ръководител на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“/ОПИК/ 2014 – 2020, с което на агенцията е наложена финансова корекция по АДПБФП № BG16RFOP002-2.052-0001-C02 с бенефициент И. в размер на 5 % от предоставената финансова помощ със средства от ЕСИФ по сключен договор за възлагане на обществена поръчка № ОПИК-6-1-2/16.03.2020 г. с изпълнител „Беневент“ ЕООД, по обособена позиция № 1 „Услуги по осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви, провеждани на територията на Република България, финансирани със средства по ОПИК 2014-2020“, в размер на 20 000 лв. без ДДС /24 000 лв. с ДДС/.

В жалбата е посочено, че оспореното решение е незаконосъобразно. Според жалбоподателя, твърденията на УО за извършени нарушения на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, чл. 70, ал. 7, т. 3 от ЗОП, чл. 70, ал. 5 от ЗОП, както и на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП не са обосновани. Утвърдената методика отговаря на

изискванията на ЗОП, като дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения. По отношение на техническото предложение, е посочен начинът за оценка от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. Всички дейности, свързани с предмета на обществената поръчка са посочени в техническата спецификация. Възложителят е въвел минимално ниво на съответствие на предложението за изпълнение на участниците с техническата спецификация, като е определил минимално изискуемото съдържание на офертата. Осигурена е възможност за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците в обществената поръчка. От възложителя са предоставени указания по отношение на методиката за оценка, от които става ясно какви правила ще се прилагат при определяне на техническата оценка. В жалбата е посочено още, че в оспореното решение не се съдържат аргументи, въз основа на конкретни факти, които да доказват установена нередност. Не е доказано по безспорен начин нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, което е задължителна предпоставка за налагане на финансова корекция. Моли се решението да бъде отменено. Претендират се разноси. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. П., която поддържа подадената жалба и моли тя да бъде уважена. Не претендира разноси.

Ответникът – Заместник – министър на иновациите и растежа и УО на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ /ОПИК/ 2014 – 2020 /правоприемник на заместник-министъра на икономиката и ръководител на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“/ОПИК/ 2014 – 2020/ – в съдебно заседание се представлява от юрк. М., която оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-град, III отделение, 49 състав, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Изпълнителна агенция за насърчаване на малките и средните предприятия /И./ е бенефициент по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-2.052-0001-C02 по процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-2.052 „Реализация на мерки за интернационализация на българските малки и средни предприятия чрез подкрепа дейността на Изпълнителна агенция за насърчаване на малките и средните предприятия /И./”, по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 /ОПИК/.

И. е провела възлагане по реда на чл. 18, ал. 1, т. 1 от ЗОП „открита процедура” за услуга с предмет „Осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви на територията на Република България, финансирани със средства по ОПИК 2014-2020”. Обявлението е изпратено за публикуване в Р. на 26.09.2019 г. и е публикувано на 30.09.2019 г. Документацията за обществената поръчка е публикувана в профила на купувача на 01.10.2019 г.

Във връзка с извършения последващ контрол на обществена поръчка, възложена по реда на чл. 20, ал. 3, т. 2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ „събиране на оферти с обява” за услуга с предмет: „Осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви на територията на Република България, финансирани със средства по ОПИК 2014-2020” и сключените в резултат на него Договор № ОПИК-6-1-2 от 16.03.2020 г., с изпълнител: „Беневент” ЕООД, на стойност 400 000 лв.

/четири стотин хиляди лева/ без ДДС по Обособена позиция № 1: Услуги по осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви, провеждани на територията на Република България, финансирани със средства по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност 2014-2020" и Договор № ОПИК-6-1-3 от 16.03.2020 г., с изпълнител: „Б.' ЕООД, на стойност 250 000 лв. /двеста и петдесет хиляди лева/ без ДДС по Обособена позиция № 2: Услуги по осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви, провеждани на територията на Република България, финансирани със средства от бюджета на И.", е установено, че бенефициентът И., в качеството му на публичен възложител, е допуснал нарушения на правилата за определяне на изпълнител по чл. 49, ал. 2, т. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ - незаконосъобразна методика на офертите. Констатирано е, че от възложителя са допуснати нарушения на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, чл. 70, ал. 7, т. 3 от ЗОП, чл. 70, ал. 5 от ЗОП, както и на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

С писмо с изх. № 12-00-699 от 08.07.2021г. Управляващият орган е уведомил бенефициента за установени обстоятелства в резултат на осъществената проверка, за които предстои да бъде наложена финансова корекция, както и за правото му да възрази по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Бенефициентът е представил писмо с кореспонденция BG16RFOP002-2.052-0001-C02-M073 от 22.07.2021г. в ИСУН 2020, в което излага аргументи срещу формулираните от УО констатации. Възраженията са обсъдени от УО на ОПИК 2014-2020, като са приети за неоснователни.

Издадено е Решение № РД – 11 – 1122 от 24.08.2021 г. от заместник-министър на икономиката и ръководител на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ /ОПИК/ 2014 – 2020 / сега Заместник – министър на иновациите и растежа и УО на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ /ОПИК/ 2014 – 2020 /, с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ е наложена финансова корекция по АДПБФП № BG16RFOP002-2.052-0001-C02 с бенефициент И. в размер на 5 % от предоставената финансова помощ със средства от ЕСИФ по сключен договор за възлагане на обществена поръчка № ОПИК-6-1-2/16.03.2020 г. с изпълнител „Бенемент“ ЕООД по обособена позиция № 1 „Услуги по осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви, провеждани на територията на Република България, финансирани със средства по ОПИК 2014-2020“, в размер на 20 000 лв. без ДДС /24 000 лв. с ДДС/.

Административен съд София-град, III отделение, 49 състав, при така установената фактическа обстановка прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който е предвидено в чл. 27 ал. 1, че подлежи на обжалване пред съд. Решението е връчено на жалбоподателя чрез ИСУН на дата 25.08.2021 г. като жалбата е била подадена чрез административния орган на 08.09.2021 г., видно от поставения щемпел от МИ, т.е в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149, ал. 1 АПК и е ДОПУСТИМА за разглеждане. Разгледана по същество, жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА, по следните съображения:

По валидността на акта:

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. Съгласно разпоредбата на чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ Управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице. Атакваният административен акт е издаден от компетентен орган, в съответствие с чл.5, ал.1, т.13 и чл.30, ал.1, т.2 от УП на Министерство на икономиката, съгласно Заповед № РД-16-685/17.05.2021 г. на Министъра на икономиката и ръководител на ОПИК /л.39 от делото/. Видно от съдържанието на заповедта, И. И.- и.д.главен директор на ГД „ЕФК“ е оправомощен да изпълнява функциите на управляващ орган на ОПИК 2014-2020 г. по приоритетни оси 1, 2, 3 и 4 на ОП, с всички произтичащи от това права, задължения и отговорности. С оглед на горното съдът намира, че оспореният акт е издаден от компетентен орган в кръга на неговите законови правомощия и не страда от пороци водещи до неговата нищожност.

По процесуалната и материална законосъобразност на акта:

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съгласно 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 – 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.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 3б от цитирания Регламент, според която това е 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. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез ОП „Иновации и конкурентоспособност 2014-2020“, поради което приложима по отношение на нея 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 ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия 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 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

Съдът следва да съобрази, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

Конкретно трябва да се извърши проверка, дали са налице сочените от УО на ОПИК нарушения, изразяващи се в използване на критерии за подбор, 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 във връзка със заложеното изискване в процедурата и в случай, че са извършени такива - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния

орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

С оспореното решение е установено нарушение на правилата за определяне на изпълнител, а именно – незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Прието е, че , показателят ТП „Техническо предложение“ не е свързан с предмета на проведеното възлагане „осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви в страната“, тъй по този показател точки се присъждат на база неясно и субективно формулирани изисквания, изразени с понятия като „описание“, „обосновава“, „конкретно“, „поражда увереност в точното, качествено и навременно изпълнение на поръчката“, и т.н., които не се относими към конкретния предмет на обществената поръчка. Констатирано е, че от възложителя не са дадени ясни указания относно механизма на присъждане на точките по показател „ТП „Техническо предложение“.

В утвърдената от възложителя методика за оценка е включен показател ТП „Техническо предложение“. Минимален брой точки получава предложената от участника организация за изпълнение на дейностите, предмет на обществената поръчка, която осигурява изпълнението на минималните изисквания на възложителя, посочени в техническата спецификация, а именно:

- участникът е предложил описание на организацията за изпълнение на поръчката, включващо описание на процеса на управление и разпределение на работата между експертите от екипа за обезпечаване на всички дейности, посочени в техническата спецификация;

- участникът е представил начин на взаимодействие с Възложителя и времево разпределение на изпълнението на дейностите;

- участникът е описал конкретните задачи и отговорности на експертите от екипа по всяка от дейностите, съгласно техническата спецификация.

Останалите предвидени точки от механизма за оценяване се определят в зависимост от това колко (едно, две или три) от следните, надграждащи обстоятелства са налице в предложената от участника концепция за организацията на персонала:

- За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача (за целите на настоящата методика 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 дефинирани начало и край и резултати)-,

- За всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (информация/документи, срещи с Възложителя/със заинтересовани страни и др.) и задълженията на отговорния/те за изпълнението ѝ експерт/и;

- Предложени са конкретни мерки за контрол на изпълнението на поръчката, като представените мерки за вътрешен контрол и механизми за осигуряване на качество по време на изпълнението на отделните дейности обосновават и пораждат увереност в точното, качествено и навременно изпълнение на

поръчката. Описанието включва съдържание и обхват на мерките, посочване на съответните експерти, ангажирани с изпълнението им, както и конкретните задължения на тези експерти за изпълнение на мерките.

Законодателят е предвидил в чл. 70, ал. 1, т. 3, ал. 5 и, ал. 7 от ЗОП, Обществените поръчки се възлагат въз основа на икономически най-изгодната оферта. Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на един от следните критерии за възлагане: 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. По смисъла на, ал. 5 на същата норма показателите, включени в критериите по, ал. 2, т. 2 и 3, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. В ал. 7 на чл. 70 е посочено, 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; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определени показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Правилно и обосновано административният орган е направил изводът, че с въвеждането на показателя за оценка ТП „Техническо предложение“ възложителят е допуснал нарушения на ЗОП. От възложителя не са спазени изискванията на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, тъй като същият този показател не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, поради това, че се оценяват елементи, които, от една страна не са свързани с предмета на възлагане и от друга страна, не са измерител за качество, тъй като са поставени от възложителя самоцелно, единствено и само като елемент на оценка, без да касаят изпълнението на техническото предложение. Не са спазени и изискванията на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, тъй като не е гарантирана възможността за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците, на чл. 70, ал. 7, т. 3, буква "б" от ЗОП, предвид че механизмът за оценка не дава на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка, както и на чл. 70, ал. 5 от ЗОП, защото чрез така формулираният показател за оценка при липса на достатъчно яснота за тяхното съдържание на практика се стига до неограничена свобода на липса на гаранция за реална конкуренция. От така разписаната методика за оценка по показател ТП „Техническо

предложение“ 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. Методиката за оценка на този показател е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Заложената методика за оценка не дава яснота, относно бъдещото оценяване така, че участниците да знаят предварително колко точки ще получат по конкретния показател. Не са налице ясни и обективни критерии за оценка, даващи възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в получените оферти. При формулиране на критериите за оценка по показател „Техническо предложение“ са използвани понятия, които дават възможност за субективна оценка от страна на членовете на комисията. Използваните понятия като „описание“, „обосновава“, „конкретно“, „поражда увереност в точното, качествено и навременно изпълнение на поръчката“, и т.н. предполагат субективизъм от страна на членовете на комисията, поради което не може да се приеме, че поставените указания са ясни за кандидатите. За да обоснове твърденията си по извършеното от жалбоподателя нарушение, административният орган е доказал, че възложителят е използвал критерии за възлагане, с които е ограничил достъпа на потенциалните кандидати/участници, тъй като същите са възпрепятствани от участие поради неясна и субективна методика за оценка.

Формулирането на незаконосъобразна методика за оценка по същността си представлява обстоятелство, което необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, т.е. налице е разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници/кандидати в процедурата и оказва влияние върху прозрачността при провеждане на процедурата - не е налице достатъчно информация при какви предложения колко точки ще бъдат присъдени. Така разработената методика създава условия за неравно третиране, тъй като не съдържа точни указания за определяне на оценката по показател „Техническо предложение“.

Оценката по показател ТП „Техническо предложение“, представлява субективна преценка на комисията. Тоест, в зависимост от субективния фактор, и без да е налице реална и обективна база за оценка, комисията може да присъжда точки в двата диаметрални края на диапазона без да има обективен или реален критерии за оценка. Правният ефект на това нарушение е свързан с ограничаване на възможността на по-широк кръг заинтересовани лица да могат предварително да преценят потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата и да се подготвят за участие в нея. Това нарушение засяга във висока степен основните принципи, които Европейския съюз защитава при отпускане и разпределяне на средства като финансова помощ - принципа на равно третиране, недискриминация на национален признак и въвеждане на задължение за прозрачност. Изготвяйки методиката за оценка на офертите, жалбоподателят следва да се съобрази, че стъпките и надграждащите елементи следва да са ясно формулирани, така че да позволяват нивото на изпълнение да се оцени чрез равнопоставено и обективно сравняване на офертите на кандидатите, чрез експертна оценка.

При прилагането на методиката следва да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите, по такъв начин, че да бъде избран изпълнител, с икономически най-изгодната оферта. По начина на разписване на отделните показатели може да се достигне до облагодетелстване на едни участници или елиминирането на други, както и участниците да бъдат поставени в неравностойно положение, а това да се отрази на крайното класиране в процедурата. Показателите, според настоящият съдебен състав, следва да са със стриктно формулирано съдържание и да са определени точни указания за тяхното оценяване. Точните указания са такива езикови формули, които предполагат еднозначен извод и ясна оценка. Действително нормативната уредба - Закона за обществените поръчки не забранява дефинирането на показатели за оценка, които нямат точен математически или друг стойностен израз, но в този случай за получаването на максимален брой точки следва да са изброени изчерпателно критериите, като да става ясно, че дори и липсата на един от тях би довело до присъждане на по-малък брой точки.

Така допуснатите нарушения на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание 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. и подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри. Същите се квалифицират като нередност по т. 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. " "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" от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Посоченото отклонение представлява нарушение с финансово отражение, тъй като липсата на достатъчна и непротиворечива информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка на участниците има възпиращ ефект върху заинтересованите от възлагането лица. Води до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата - на етап "подаване на оферта", поради своя разубеждаващ ефект спрямо потенциалните изпълнители, а на етап "разглеждане на офертите" създава предпоставки за неравно третиране на участниците.

Събраните доказателства сочат, че е налице и последната кумулативно изискуема предпоставка за налагане на финансова корекция, доколкото допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия

за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество. В тази връзка съдът напълно споделя извода на административния орган, че предвид националното и европейското законодателство (цитираната по-горе дефиниция за нередност, както и определението, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година), 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 ЗУСЕСИФ, според който, 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, съгласно който 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 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. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е установил въз основа на каква база следва да се изчисли размера на финансовата корекция. Съгласно цитираната разпоредба на т. 11 „б“ от Наредбата, финансовата корекция е в размер на 5 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатия от нарушението Договор за възлагане на обществена поръчка № ОПИК-6-1-2/16.03.2020 г. с изпълнител „Беневент“ ЕООД по обособена позиция № 1 „Услуги по осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви, провеждани на територията на Република

България, финансирани със средства по ОПИК 2014-2020“, в размер на 20 000 лв. без ДДС /24 000 лв. с ДДС/.

С оглед изложеното, оспореното решение е законосъобразно, като издадено в съответствие с процесуалните правила и материалния закон и следва да бъде оставено в сила, а подадената жалба следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78,, ал. 8 от ГПК, вр. с чл. 37 от ЗПП, вр. с чл. 25, ал. 1 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 100 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 49 състав

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Изпълнителна агенция за насърчаване на малките и средните предприятия /И./, срещу Решение № РД – 11 – 1122 от 24.08.2021 г., издадено от заместник-министър на икономиката и ръководител на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ /ОПИК/ 2014 – 2020 / сега Заместник – министър на иновациите и растежа и УО на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“/ОПИК/ 2014 – 2020 /, с което на агенцията е наложена финансова корекция по АДПБФП № BG16RFOP002-2.052-0001-C02 с бенефициент И. в размер на 5 % от предоставената финансова помощ със средства от ЕСИФ по сключен договор за възлагане на обществена поръчка № ОПИК-6-1-2/16.03.2020 г. с изпълнител „Беневент“ ЕООД по обособена позиция № 1 „Услуги по осигуряване на логистика за провеждане на международни бизнес прояви, провеждани на територията на Република България, финансирани със средства по ОПИК 2014-2020“, в размер на 20 000 лв. без ДДС /24 000 лв. с ДДС/.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция за насърчаване на малките и средните предприятия /И./, ЕИК[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от изпълнителния директор, да заплати на Министерството на иновациите и растежа, сумата в размер на 100 лв. /сто/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: