

РЕШЕНИЕ

№ 3662

гр. София, 07.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 34 състав,
в публично заседание на 11.05.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Тафров

при участието на секретаря Мая Миланова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **1190** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.
Образувано е по жалба от Технически университет-гр. С.,представявано от Ректора проф. инж. И. М. К. срещу Решение №80811–214/14.04.2020г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор № 3-56/12.06.2019г. на стойност 1 852 750.70 лв. без ДДС или 2 223 300,84 лв. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при липса на мотиви, съществени процесуални нарушения, нарушение на материалния закон и несъобразяване с материалния закон.С решение по дело №3766/2020г. на АССГ жалбата е била отхвърлена.С решение по дело №9565/20г. на ВАС,решението на АССГ е отменено и върнато за ново разглеждане от същия съд с конкретни указания.

В съдебно заседание жалбоподателят,чрез процесуален представител-Р.,поддържа жалбата на сочените основания.Представя писмени бележки.Претендира присъждане на юрисконсулско възнаграждение.

Ответникът Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуален представител-М. К. който оспорва жалбата, като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Депозира подробни писмени бележки. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Технически университет – С. е бенефициент по проект № BG05M2OP001-1.002-0023 „Център за компетентност „Интелигентни, мехатронни, еко и енергоспестяващи системи и технологии“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР). Във връзка с подаден пакет отчетни документи №5/29.11.2019г. в ИСУН 2020 по проект № BG05M2OP001-1.002-0023, при проверка и верифициране на документи по проведена обществена поръчка с предмет : „Изпълнение на инженеринг (проектиране за вътрешен ремонт, СМР и авторски надзор) за обект „Ремонт и реконструкция на част от сграда Трети корпус, собственост на ТУ – С., филиал П.“, проведена от Технически университет С., по договор №BG05M2OP001-1.002-0023-C01, „Център за компетентност „Интелигентни, мехатронни, еко и енергоспестяващи системи и технологии“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР), въз основа на който е сключен договор № 3-56/12.06.2019г. на стойност 1 852 750.70 лв. без ДДС или 2 223 300.84 лв. с изпълнител [фирма]. При проверката на възложената обществена поръчка и сключения договор са констатирани нарушения, посочени в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0023-C03-M086/12.12.2019г. На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, Управляващият орган е дал възможност на бенефициента да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция. В указният срок чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0023-C03-M093 от 20.12.2019г., бенефициентът е подал своето възражение, като е изразил несъгласие и е изложил аргументи срещу формулираните от УО констатации. С оспореното Решение №80811–214/14.04.2020г. на Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, на основание чл. 73, ал.1 във вр. с чл.70, ал. 1, т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕСИФ, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ, на Технически университет – С., е определена на финансова корекция в размер 5 на сто върху поисканите за възстановяване допустими разходи по сключен договор № 3-56/12.06.2019г. с изпълнител [фирма], на стойност 1 852 750.70 лв. без ДДС или 2 223 300.84 лв. с ДДС, в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Изпълнение на инженеринг (проектиране за вътрешен ремонт, СМР и авторски надзор) за обект „Ремонт и реконструкция на част от сграда Трети корпус, собственост на ТУ - С., филиал П.“ по договор № BG05M2OP001-1.002-0023-C01 Център за компетентност "Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии", финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование

за интелигентен растеж“ 2014-2020“.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

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 чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

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.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Относно нарушението - незаконосъобразна методика за оценка на офертите.

ОУ в решението си е приел, че в: Част III. Критерий за оценка на офертите от документацията за участие, жалбоподателят в качеството си на възложител е определил критерий за възлагане „икономически най-изгодна оферта“, съгласно чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, съдържащ качествени показатели - количествено /неопределими/, които се оценяват с конкретна стойност от комисията чрез експертна оценка /показател Т - Оценка на техническото предложение/ и количествено определими

показатели, стойностите на които се определят в цифри /показател Ф - Финансова оценка, предвиждаща оценка на частта от офертата, съдържаща се в ценовото предложение/. Показател „Техническа оценка“ има максимална стойност от 100 точки и оценява организацията и професионалната компетентност на персонала чрез два подпоказателя: Т1 „Организация на персонала, на който са възложени дейности по проектиране/авторски надзор и строителство“ с максимална оценка от 60 точки и относителна тежест 36%, и Т2 „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по строителство и проектиране“ с максимална оценка от 40 точки, което е с относителна тежест 24%.

По подпоказател Т1 - „Организация на персонала, на който са възложени дейности по проектиране/авторски надзор и строителство“ с максимална оценка от 60 точки и с относителна тежест от 36%, възложителят е посочил 4 нива на оценка, като е предвидил присъждането на точките да се извършва в зависимост от това дали за част от дейност или за повече от една дейност липсват следните обстоятелства:

1. мерки, способности и методи на организация на работа и резултати, свързани с реализирането на съответната дейност;
2. последователността и връзката между дейности или части от дейности;
3. обвързване на ролята на ресурсите и експертите с изпълнението на дейностите.

УО е приел че въпреки изричното посочване на конкретните дейности в проектирането и строителството по предмета на поръчката, за всяка от тях могат да се формулират разнородни по вид и брой мерки, способности, методи и резултати, за които няма предварителна информация за съдържанието и вида им. Които условия предполагат получаването на технически предложения с различни мерки, способности, методи и резултати, включени по преценка на участниците, което води до невъзможност за съпоставяне и сравнение на получените оферти. Също в решението е обсъдено, че в методиката за оценка не е ясно липсата на кои мерки, способности, методи и резултати води до по-ниско качество в изпълнението на поръчката и присъждането на по-малък брой точки, респективно кога липсата на някои от оценъчните критерии няма да възпрепятства успешното изпълнение на предмета и ще доведе до получаването на максимум от точки.

ОУ е приел, че в документацията за участие не са предоставени указания как ще оценява комисията и в кои случаи ще приеме, че липсва последователност и връзка между дейностите или част от тях, за да има участникът предварителна информация при описанието на съответната организация на работа колко точки ще му бъдат присъдени, с оглед подготовката на подходяща оферта.

В решението е прието, че е налице неяснота и относно преценката дали в техническото си предложение участникът е обвързал ролята на ресурсите и експертите с изпълнението на дейностите. За всеки от изискуемите 17 експерта възложителят е посочил проектната част, за която ще отговаря проектантът, съответно длъжността, която експертът ще заема в строителството.

С така заложените показатели за оценка УО е приел, че не се дават указания и начин на оценяване нивото на изпълнение, които да осигурят възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите в частта организация на персонала, на който са възложени дейности по проектиране/авторски надзор и строителство, поради което е заключил, че жалбоподателя е приложил методика за оценка на техническите предложения, която противоречи и е в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП и по този начин има разубеждаващ ефект за потенциалните участници в процедурата.

Съдът намира, че органът правилно е установил, че липсва яснота за критериите при оценяване на техническото предложение, така че кандидатите да могат да изградят представа, как според Методиката би следвало да изготвят офертите си, така че в максимална степен да удовлетворят изискванията на възложителя и да получат максимален брой точки. Действително определянето на показателите за оценка на офертите е част от оперативната самостоятелност на възложителя, като той сам определя онези показатели, които имат преимуществено значение. За да бъде обаче Методиката законосъобразна, с оглед спазване на принципите за провеждане на процедурите за възлагане на обществените поръчки, същата трябва да съдържа показатели за оценка, които не водят до субективна преценка от страна на комисията и да съдържат ясни указания относно обстоятелствата, съдържащи се в офертите, които ще подлежат на оценка.

Неоснователни са изложените твърдения по т. 1 в жалбата от бенефициента. Жалбоподателя сочи, че оспорва твърдението за незаконосъобразна методика за оценка на офертите. В тази точка жалбоподателя излага възражение относно работата на комисията и извършената от нея оценка. Видно от оспорваното решение за определяне на финансова корекция констатациите, послужили като основание за определяне на финансовата корекция не са свързани с работата на комисията. Може като обсъждане на възраженията и като част от фактическото изложение да фигурира работата на комисията, но като основание за определяне на финансова корекция изрично е посочено незаконосъобразността на методиката за оценка и залагане на критерии за подбор като показател за оценка, а не работата на оценителната комисия. Настоящият състав не споделя твърдението на жалбоподателя, че „УО не е взел предвид, че в настоящата методика, е предвидена четиристепенна скала на оценяване“. Това твърдение не кореспондира с текстовете на оспореното решение №80811-214/14.04.2020г., защото освен, че е установено наличието на четири нива на оценяване, УО е посочил, че жалбоподателя е „предвидил присъждането на точките да се извършва в зависимост от това дали за част от дейност или за повече от една дейност липсват следните обстоятелства:

1. мерки, способности и методи на организация на работа и резултати, свързани с реализирането на съответната дейност;
2. последователността и връзката между дейности или части от дейности;
3. обвързване на ролята на ресурсите и експертите с изпълнението на

дейностите.“

Тези обстоятелства и наличието на четиристепенна скала не е основание и гаранция, че се осигурява яснота на правилата за поставяне на оценка за всяка от подадените оферти. Изискването на методиката за оценка и по конкретно на този показател е, че на оценка подлежи факта дали за част от дейностите или за повече от една дейност липсват описаните по-горе обстоятелства (1, 2 и 3). Залагането на тези неясни формулировки на показателите за оценка обуславят определянето на финансова корекция от страна на УО. Настоящият състав споделя мотивите на ОУ, че въпреки изричното посочване на конкретните дейности в проектирането и строителството по предмета на поръчката, за всяка от тях могат да се формулират разнородни по вид и брой мерки, способности, методи и резултати, за които няма предварителна информация за съдържанието и вида им. Това предполага получаването на технически предложения с различни мерки, способности, методи и резултати, включени по преценка на участниците, което води до невъзможност за съпоставяне и сравнение на офертите. Не е ясно липсата на кои мерки, способности, методи и резултати води до по-ниско качество в изпълнението на поръчката и присъждането на по-малък брой точки, респективно кога липсата на някои от оценъчните критерии няма да възпрепятства успешното изпълнение на предмета и ще доведе до получаването на максимума от точки. Естеството на констатираното нарушение не е в това има или няма четири нива на оценка, а че подлежащите на оценка мерки, способности и методи на организация на работа и резултати, свързани с реализирането на съответната дейност“ не дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Също така не са предоставени указания как ще оценява комисията и в кои случаи ще приеме, че липсва последователност и връзка между дейностите или част от тях, за да има участникът предварителна информация при описанието на съответната организация на работа колко точки ще му бъдат присъдени, с оглед подготовката на подходяща оферта. С формулирането на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3 от ЗОП законодателят е въвел императивно изискване методиката за оценка на офертите да съдържа точни указания за оценяване, което създава гаранция, че участниците разполагат предварително с достатъчни информация относно параметрите и начина на оценяване, която информация им е необходима с цел представяне на оферта, която да получи 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. Заложеният механизъм на оценка в методиката от страна на жалбоподателя не осигурява обективно оценяване на офертите, дава неограничена свобода на оценителната комисия при присъждане на точките в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 ЗОП и не предоставя достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при оценяването, в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 3 ЗОП. Изводите на УО, че залегналите показатели в методиката за оценяване не са ясни и не могат да дадат необходимата информация в пълнота, за да имат възможност участниците да подготвят своите предложения, по начин да бъдат оценени с максимален брой точки са правилни и законосъобразни. Именно включването в методиката на понятия с общо съдържание {*мерки, способности и методи на организация на*

работа и резултати, свързани с реализирането на съответната дейност), дава възможност за различна интерпретация от комисията при извършване на оценяване на офертите т.е. последната няма да извърши обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите, което е нарушение не само на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3 от ЗОП, а и на чл. 2, ал. 1 от ЗОП в която са прогласени основните принципи свързани с възлагане на обществени поръчки. Методиката изготвена от възложителя е в разрез с тези основни принципи, особено с принципа на равнопоставеност и недопускане на дискриминация. С оглед изложеното съдът приема за неоснователно твърдението на жалбоподателя, че „...от една страна не са налице валидни правни основания да се приеме, че оценката във всички случаи и за всички свои аспекти следва да се пресмята по заложенa математическа формула, с точно заложенi стойности или, че следва да се дават дефиниции на всички употребени понятия“.

Неоснователно е твърдението на жалбоподателя, че „...прилагането на мерки, способности и методи на организация на работа и резултати, свързани с реализирането на съответната дейности, както и последователността и връзката между дейностите, които ще се използват за качеството на изпълнение на поръчката зависи от индивидуалното виждане на всеки участник, поради което В. не може и не следва да ги рамкира предварително“.

Настоящият състав приема че методиката за оценка съдържа неясни и неточни указания, като с това създава предпоставки за субективизъм от страна на комисията и води до невъзможност да се прецени доколко обективни биха били действията на помощния орган при определяне на съответната оценка, което има потенциален разубеждаващ ефект спрямо участници, които биха предложили оферти с по - добри икономически и технически параметри. Нарушени са принципите на свободната конкуренция, публичност, прозрачност, създадени са предпоставки за субективизъм и неравно третиране на оферти. На участниците в процедурата е дадена неограничена свобода на избор какво да опишат в предложението си по отношение на *мерки, способности и методи на организация на работа и резултати, свързани с реализирането на съответната дейности* и методиката за оценка не дава възможност за сравнение и обективно оценяване на техническите предложения в офертите на участниците — поради неточното определяне по съдържание на показателите и липса на точни указания за оценяване степента на съответствие на техническите предложения с изискванията на възложителя, което обосновава и нарушението на ЗОП.

Като цяло изложените в жалбата основания за отмяна повтарят изложените от жалбоподателя с възражението му пред УО в процедурата за определяне на финансова корекция. В самото решение за определяне на финансова корекция тези основания са анализирани и УО е изложил своите доводи защо не следва да бъдат приемани и защо не ги приема при определяне на

корекцията. В решението са анализирани посочените от жалбоподателя решения на КЗК и ВАС свързани с възлагането на обществени поръчки, но следва да се има предвид, че нито едно от тях не е свързано с определяне на финансова корекция, което от своя страна ги прави практически неприложими по конкретния казус. Същевременно константни съдебна практика е, че когато залегналите показатели в методиката за оценяване са неясни и не могат да дадат необходимата информация в пълнота, за да имат възможност участниците да подготвят своите предложения и по начин да бъдат оценени с максимален брой точки, е допуснато нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, което е основание за определяне на финансова корекция.

Настоящият състав намира, че горното предполага получаването на технически предложения с различни мерки, способности, методи и резултати, включени по преценка на участниците, което води до невъзможност за съпоставяне и сравнение на офертите и точното и обективно оценяване и е в нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП. Описаните нарушения са основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - 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. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Правилно нарушението е квалифицирано по т. 11, буква „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“, 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 (Наредбата). За описаната нередност при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП (каквато е разглежданата поръчка) е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия договор. Естеството на нарушението, а именно че е налице методика за оценка, която поради неяснотата си ограничава участието на потенциални кандидати, прави невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици от допуснатото нарушение и за определяне размера на финансовата корекция е използван пропорционалният метод, съгласно Раздел II от Наредбата. При определяне на подходящия размер на финансовата корекция е взето предвид следното: поръчката попада в обхвата на чл. 20, ал. 1 от ЗОП; получени са 3 броя оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, следователно налице е минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, което обосновава налагането на по-нисък процент финансова корекция (5%). Правилно е определен размера на

ФК,след извършен анализ на естеството и сериозността на посочените нарушения и на основание чл. 3, ал. 1 и чл. 5, 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.

II.Относно нарушението - Използване на критерии за подбор като показател за оценка.

ОУ е приел решението си ,че одобрената от възложителя методика за оценка, в частта по показател Т „Техническа оценка“, съдържаща подпоказател Т2 - „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по проектиране и авторски надзор“, е в противоречие с чл. 70, ал. 12 от ЗОП, който забранява включване на критерии за подбор като показател за оценка на офертите, а в случая са обединени в едно.Видно от описаното в методиката преди скалата за оценка на подпоказател Т2, този подпоказател представлява експертна оценка на комисията по отношение на състава, професионалната квалификация и опит на персонала за изпълнение на предмета на поръчката, в съответствие с техническите спецификации и целите на проекта, определени по следния начин в Методиката за оценка се предвижда по подпоказател „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по проектиране и авторски надзор“, предложената професионална компетентност на експертите да бъде оценявана от гледна точка наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения.Видно от така описаната методика за определяне на индивидуалните оценки за професионалната компетентност на персонала на позиции от Е1 до Е17 се поставят следните оценки:

„1. Оценка за професионален опит:

-При професионален опит от 3 години до 5 години включително се присъжда **1 точка**; (Само за позиция Е1,Е11 и Е12 е **3 точки**).

- При професионален опит от над 5 години се присъждат **2 точки**. (Само за позиция **Е1, Е11 и Е12 е 5 точки**).“

„2. Притежаван специфичен опит:

- При участие в екип за изработване на проект/за изпълнение на СМР/ на един обект сходен с предмета на поръчката се присъжда **1 точка**; (Само за позиция Е1 и Е11 е **3 точки**).

- При участие в екип за изработване на проект за изпълнението на СМР на повече от един обект сходен с предмета на поръчката се присъждат **3**

точки. (Само за позиция E1, E11 и E12 е 5 точки).“

Във всеки ред от таблицата при точките за професионалния и специфичния опит за съответния проектант или експерт е поставено условие за същите, неизпълнението на които е основание за отстраняване, а също и предпоставка за нарушаване на чл. 70, ал. 7, т. 3.

Оценителната комисия е разгледала офертите на участниците за съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор и е установила, че е налице съответствие с поставените от възложителя изисквания към всички участници, което е обективизирано в Протокол № 3 от 15.04.2019г. Следователно на етап изисквания за личното състояние и критериите за подбор са преминали всички оференти. В същия Протокол подробно са описани действията на комисията по разглеждане на допуснатите оферти в частта Технически предложения и проверка на тяхното съответствие с предварително обявените условия и изисквания на възложителя, като на този етап са отстранени две оферти, неотговарящи на изискванията в методиката за подпоказател Т2 - „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по строителство и проектиране“ и до оценка на офертите по показател Т - Оценка на техническото предложение са допуснати три оферти. Анализирайки подробно ЧАСТ I. УКАЗАНИЯ КЪМ УЧАСТНИЦИТЕ, Част 2. ТЕХНИЧЕСКА СПЕЦИФИКАЦИЯ и Част III. КРИТЕРИЙ ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ, Управляващият орган е установил, че В. е включил критерии за подбор в показателите за оценка, чрез които са отстранени участници в процедурата на основания, изведени и описани в методиката за оценка. Съгласно ЗОП, обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите за публичност и прозрачност; свободна и лоялна конкуренция; равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Основен принцип е и защитата на обществения интерес, поради което и законодателят регламентира детайлно процедурата по възлагането им, вкл. и критериите, по които следва да се преценява допустимостта на участниците в процедурата и да се оценяват и класират дадените от тях предложения. Тези критерии следва да гарантират възможно най-качествено изпълнение за най-ниска цена - основните параметри, касаещи всеки потребител на стока или услуга, включително и когато въпросът касае разходване на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове. За гарантиране на заложените в ЗОП принципи, същия определя допустимите критерии за подбор и критерии за възлагане. Действително част от оперативната самостоятелност на възложителите е да преценят какви критерии за подбор и критерии за възлагане да използват, но обхватът им е ограничен до посочените в закона. От икономическото и финансово състояние и технически възможности на кандидата законодателят е счел, че възложителят следва да се интересува на първия етап, по допускането му до участие. Видно от заложените изисквания с методиката за оценка за всеки един от експертите: „в случай, че участникът предложи за ръководител на екипа лице, което не притежава изискваното образование, както и ако предложеното лице има под 3 години професионален опит като

строителен инженер, офертата се отстранява от участие като неотговаряща на изискванията на Възложителя“, възложителят е заложил елемент на допустимост (наличие на 3 години опит), който представлява сам по себе си критерий за подбор. При така формулираните изисквания на методиката за оценка експерти, които нямат поне 3 години опит, не подлежат на оценка и цялата оферта на участника се отхвърля. Това действие и залагане на тази част от методиката за оценка от страна на възложителя е ограничило възможността на участниците да осигурят необходимите експерти, ако изискването бе заложено като критерий за подбор, каквото е по своята същност. Не може при оценката и класирането на офертите да се вземат предвид критерии, свързани с подбора на кандидатите, какъвто е задължителният минимален опит по отношение на експертите. Те се отнасят само към допускане на даден кандидат до участие в процедурата, но тези негови качества по-нататък нямат отношение към дадената от него оферта. При оценка на офертите оценителната комисия е извършила действия по чл. 54, ал. 7, 8 и 12 и чл. 56, ал. 1 и 2 от ППЗОП и е дпуснала офертите на трима от участниците до класиране въз основа на критерия за оценка на офертите „икономически най-изгодна оферта“. На основание на извършената проверка, подробно описана в Протокол №3 от помощният орган на възложителя е отстранил двама участници, тъй като са представили технически предложения, в които определени експерти не притежават изискуемия от възложителя специфичен опит, с което съответната им оферта не отговаря на предварително обявените условия на възложителя съгласно чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП.

Съдът намира, че включването на критерии за подбор в методиката за оценка е довело до ограничаване кръга на участниците в процедурата на етап оценка на техническите предложения, като по този начин не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Ето защо, правилен е извода на УО, че приложената методика за оценка противоречи на чл. 70, ал. 12 от ЗОП и е в нарушение на чл. 2, ал. 1, точки 1 и 2 от ЗОП.

Неоснователни са изложените съображения от бенефициента по т.2 от жалбата. Видно от заложените изисквания с методиката за оценка за всеки един от експертите: „В случай че участникът предложи за ръководител на екипа лице, което не притежава изискваното образование, както и ако предложеното лице има под 3 години професионален опит като строителен инженер, офертата се отстранява от участие като неотговаряща на изискванията на Възложителя“, възложителят е заложил елемент на допустимост (наличие на 3 години опит), чийто характер е да извърши подбор на предложенията без да е изрично заложено като критерии за подбор в документацията. При така формулираните изисквания на методиката за оценка експерти, които нямат поне 3 години опит, не подлежат на оценка и цялата оферта на участника се отхвърля. Това действие и залагане на тази част от методиката за оценка от страна на възложителя е ограничило възможността на участниците да осигурят необходимите експерти, ако изискването бе заложено като критерий за подбор, каквото е по своята

същност. Не може при оценката и класирането на офертите да се вземат предвид критерии, свързани с подбора на кандидатите, какъвто е задължителният минимален опит по отношение на експертите. Те се отнасят само към допускане на даден кандидат до участие в процедурата, но тези негови качества по-нататък нямат отношение към дадената от него оферта. В подкрепа на това обстоятелство е и съдържанието на техническите спецификации, където няма изискване за минимален опит на експертите, поради което едва на етап методика за оценка участниците се сблъскват с основания за отстраняване, които по своя характер са критерии за подбор и допустимост на офертите или елемент, който ако не е изпълнен офертата изобщо няма да бъде допусната до разглеждане на техническо предложение, нито до оценка на същото. Възраженията на жалбоподателя, че за да е налице нарушение на чл. 70, ал. 12 от ЗОП следва да са налице изисквания към професионалната компетентност едновременно, като критерии за подбор и като показатели за оценка е неоснователно. Цитираната съдебна практика в жалбата действително урежда такъв казус, но това само по себе си не изключва и не противоречи на констатираното от УО нарушение. Нормата на чл. 70, ал. 12 от ЗОП е категорична, че възложителите нямат право да включват критерии за подбор като показатели за оценка на офертите и това обстоятелство е следвано от УО при определяне на корекцията. Безспорно в случая е, че ако участник предложи експерт, който не разполага с три години опит, не може да бъде допуснат до оценка. По своята същност критериите за подбор спомагат да се установи възможността на съответните кандидати/участници да изпълнят обществената поръчка в съответствие с всички изисквания на възложителя по изпълнението поставяни в Техническите спецификации. Заложеното ограничение в методиката за оценка (минимум 3 години опит) осъществява подбор на участниците на етап, на който следва да бъде разглеждано и оценявано тяхното предложение за изпълнение, а не да се извършва преценка дали отговарят на условия за допустимост и дали имат капацитета да изпълнят обществената поръчка.

Предвид гореизложеното настоящият състав приема, че утвърдената от жалбоподателя методика за оценка е прави незаконосъобразна и създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за евентуалните участници в процедурата. Това нарушение засяга във висока степен основните принципи, които Европейският 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, заложи в Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими 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, както и на заложените в ЗОП принципи на равнопоставеност и недопускане на

дискриминация, и свободна конкуренция.

Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата „има или би имало за последица нанасянето на вреда“ сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Тази потенциална възможност е налице, защото е използван „скрит“ критерий за подбор, въз основа на който незаконосъобразно са отстранени от участие в процедурата участници, които не отговарят на разписаните в методиката показатели за оценка. Нарушението представлява 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“, 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. За описаната нередност при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП (каквато е разглежданата поръчка) е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия договор.

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, 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 ТУ 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, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно ответникът 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. При определяне на подходящия размер на финансовата корекция е взето предвид следното: поръчката попада в обхвата на чл. 20, ал. 1 от ЗОП; получени са 3 броя оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, следователно налице е минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11,6. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, което обосновава налагането на по-нисък процент финансова корекция (5%).

По отношение на определяне на конкретния размер на ФК за нарушенията съдът съобразява следното:

С оглед на разпоредбата на [чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ](#) „При констатирани два или повече случаи на нередност по [чл. 70, ал. 1, т. 9](#) се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1.“ В случая най-високия процент е 5 %, и правилно е определена ФК в размер на 5 %.

В обобщение на изложеното съдът приема, че атакуваното решение е издадено при спазване на материалния закон, доколкото по делото е безспорно установено нарушение на приложимото право от българското законодателство, извършено чрез действие от страна на бенефициента, 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 ЗУСЕСИФ.

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 ЗУСЕСИФ 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.

Мотивиран от горното, при проверката по чл. 168 от АПК, съдът намира, че оспореният административен акт е валиден, издаден в предписаната от закона форма, при спазване на процесуалните правила и със съдържание, включващо достатъчно обосновани и подробни мотиви относно нарушенията, съставомерността на нередностите и определения размер на финансовата корекция, в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на

закона, поради което подадената срещу него жалба се явява неоснователна.

С оглед изхода на правния спор, обстоятелството, че по делото е депозирано писмено становище от юрисконсулт на ответната страна и предвид изрично и своевременно направеното искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, съдът намира, че в полза на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука, образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/, на основание чл. 143, ал. 4 от АПК следва да се присъдят разноски, представляващи юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева, на основание чл. 144 от АПК, във вр. с чл. 78, ал.8 от ГПК, във вр. с чл. 37 от ЗПП и чл. 25, ал. 2 от Наредба за заплащането на правната помощ.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 34 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Технически университет–С. срещу Решение №80811-214/14.04.2020г., издадено от Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука, образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР за определяне на финансова корекция в размер 5 на сто върху поисканите за възстановяване допустими разходи по сключен договор №3-56/12.06.2019г. с изпълнител [фирма], като максималната стойност на финансовата корекция е 111 165,04 лв.

ОСЪЖДА Технически университет–С.-гр.С.,представявано от Ректора проф. инж. И. М. К., да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука, образование за интелигентен растеж“ сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: