

РЕШЕНИЕ

№ 1943

гр. София, 23.03.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 09.12.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **3787** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл.145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е, след като с Решение № 4647/13.04.2021 г. постановено по адм.дело № 958/2021г. по описа на ВАС – Седмо отделение, е отменено Решение № 6880/02.12.2020г. постановено по адм.дело № 4453/2020Г. на АССГ, образувано по жалба, подадена от Българска агенция за инвестиции, представлявана от С. Я., в качеството му на Изпълнителен директор, срещу Решение № РД-16-364/08.05.2020г. на Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК 2014-2020.

В жалбата на Българска агенция за инвестиции срещу Решение № РД-16-364/08.05.2020г. се оспорва акта, като издаден в нарушение на материалния и процесуалния закон и се твърди необоснованост на решението.

Жалбоподателят счита за необоснован извода на УО, че показателят К „Предложение за организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“ не е свързан с предмета на нито една от двете обособени позиции. Твърди, че няма допуснато нарушение на разпоредбата на чл.70, ал.7, т.2 и т.3 от ЗОП, както и на ал.5 от същия. Излага съображения, че е необосновано твърдението, че методиката за оценка по показател „Предложение за организация на персонала, на който е

възложено изпълнението на поръчката“, е изготвено в нарушение на чл.33, ал.1 от ППЗОП. Твърди се, че не са налице основанията за налагане на финансова корекция по т. 16 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществена поръчка, буква „а“: „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществена поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“.

В съдебно заседание жалбоподателят редовно призован, не се представлява.

Ответникът - Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК 2014-2020 -редовно призован, чрез Главен експерт Д. Г. оспорва жалбата като неоснователна и недоказана. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не се представлява в съдебно заседание, не изразява становище по жалбата.

Административен съд София - град след като съобрази представените писмени доказателства и становищата на страните намира от фактическа и правна страна следното:

В резултат на извършена проверка за законосъобразност на обществената поръчка, възложена чрез „публично състезание“ по чл.18, ал.1, т.12 от Закона за обществените поръчки ЗОП, за услуга с предмет: „Изпълнение на дейности по информация и комуникация във връзка с изпълнението на проекти BG16RFOP002-2.006-0001 и BG16RFOP002-2.006-0002“ с две обособени позиции: Обособена позиция № 1: „Изработване (дизайн, предпечатна подготовка, печат) и доставка на печатни и промоционални материали предназначени за дейностите по визуализация, информация и комуникация във връзка с изпълнение на проекти BG16RFOP002-2.006-0001 и BG16RFOP002-2.006-0002“, запазена на основание чл.80, ал.1 от ППЗОП; Обособена позиция № 2: „Разработване на информационни, промоционални и рекламни печатни материали по проект BG16RFOP002-2.006-0002“ и сключените в резултат на нея договори, по административни договори за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ с рег. № BG16RFOP002-2.006-0001-C01 и рег. № BG16RFOP002-2.006-0002-C01 с бенефициент Българска агенция за инвестиции, процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-2.006 „Позициониране на България като позната и предпочитана дестинация за инвестиции чрез подкрепа дейността на Б.“ по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, било установено, че в утвърдената от възложителя методика за оценка е включен показател (К) „Предложение за организация на персонала“, като минимален брой точки получава предложената от участника организация на персонала, която осигурява изпълнението на следните минимални изисквания на възложителя: „Участникът предлага набор от взаимосвързани и логически последователни дейности, които гарантират постигането на очакваните резултати – качество и в срок. Дейностите за изработването и доставката на всеки един от артикулите са детайлно и

ясно разписани“. При критерий за възлагане по смисъла на чл.70, ал.2, т.3 от ЗОП „оптимално съотношение качество/цена“, същото се оценява въз основа на „показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка“.

УО установил, че бенефициентът Б. допуснал, няколко нарушения, като едното от тях е установена:

1. Незаконосъобразна методика за оценка на офертите.

В тази връзка на първо място – т.1.1. показателят К „Предложение за организация на персонала“ не съдържа точни указания за изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки и не е свързан с предмета на нито една от двете обособени позиции: „Изработване (дизайн, предпечатна подготовка, печат) и доставка на печатни и промоционални материали“ и „Разработване на информационни, промоционални и рекламни печатни материали“. Съгласно утвърдения от възложителя механизъм за оценка по този показател точки се присъждали на база неясни, субективни и абстрактни категории като „конкретните продукти и резултати“, „мерки за вътрешен контрол“, „механизми за осигуряване на качествено изпълнение“, мерки за контрол, за отчитане, организационни мерки и т.н., които безспорно не съставлявали качествен аспект, свързан с предмета на поръчката. Показателят бил формулиран общо и неясно, същият бил общовалиден към всякакъв обект на възлагане - без значение дали е строителство или услуга, например и по никакъв начин не е обвързан с предмета на възлагане. Не става ясно какъв смисъл влага възложителят в терминът „декомпозиране“ на отделни задачи за целите на обществената поръчка и какво е неговото значение за качественото изпълнение на предмета на процедурата. В този смисъл била и практиката на Одитния орган, Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“, Министерство на финансите, съгласно която „Във всички случаи, които възложителят не предвиждал оценяване на конкретни параметри на предмета на поръчката, а описание и брой на мерки, методи, подходи и др. възложителят определял неправомерни показатели за оценка, поради което техническата оценка се явявала изготвена самоцелно – единствено- за да послужи като обект на оценка, т.е. по нея нямало какво да се изпълнява впоследствие“. В този смисъл, разглежданият показател не съответствал на чл. 70, ал. 7, т. 1, тъй като не давал възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта.

На второ място, т.1.2.- във вр. с установена незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Методиката за оценка на показателя К „Предложение за организация на персонала“, е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл.33, ал.1 от ППЗОП., като също така е допуснал и нарушения на чл. 70, ал.7, т.1, т.2, т.3 буква „б“ и ал.5 от ЗОП. От така заложената скала за оценяване се установило, че съгласно утвърдената методика, съответствието на предложенията на участниците с базовите изисквания на възложителя, както и оценката на предложенията, надграждащи базовите изисквания, ще бъдат поставени в зависимост от обема на предоставената информация, т.е. от степента на описание на дейностите. Видно от механизма за оценяване дейностите по изработването и доставката на всеки един артикул следва да са „детайлно и ясно“

разписани. От така разписаната методика за оценка по този показател се установило, че помощният орган на възложителя ще оценява предложенията на кандидатите именно с оглед пълнотата на представяне на информацията относно организацията на изпълнението на дейностите в нарушение на забраната по чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. В този смисъл - Решение № 5186 от 08.04.2019 г. по адм. дело № 9387/2018 г. на ВАС.

На основание гореизложеното с въвеждането на показателя за оценка „Качество на организацията на персонала, на който било възложено изпълнението на поръчката“, възложителят допусна нарушение на:

-чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, тъй като същият този показател не давал възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, поради това че се оценяват елементи, които, от една страна не били свързани с предмета на възлагане и от друга страна, не били измерител за качество, тъй като са поставени от възложителя самоцелно, единствено и само като елемент на оценка, без да касаят изпълнението на техническото предложение;

-чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, тъй като не била гарантирана възможността за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците;

-чл. 70, ал. 7, т. 3, буква „б“ от ЗОП, предвид че механизмът за оценка не давал на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка;

-чл. 70, ал. 5 от ЗОП, защото чрез така формулираният показател за оценка само чрез изброяване на компонентите, при липса на достатъчно яснота за тяхното съдържание, на практика се стигало до неограничена свобода на липса на гаранция за реална конкуренция.

-чл. 33, ал.1 от ППЗОП.

Посочените в т. 1 отклонения представлявали нарушение по смисъла на чл. 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, приета с Постановление № 57 на МС от 23.08.19 г., в сила от 23.08.2019 г. (Наредбата за посочване на нередности) във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 70, ал. 1, т. 3, чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП (приложима редакция на закона спрямо проверяваната процедура - ДВ, бр. 17 от 01.01.18 г., в сила от 23.02.2018 г.) и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП (приложима редакция на правилника спрямо проверяваната процедура - ДВ, бр. 91 от 14.11.2017 г., в сила от 01.01.18 г., за което следвало да бъде наложена финансова корекция. Същото се квалифицирало като нарушения 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 ограничавало достъпа на кандидатите или участниците“, буква „а“ „нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена

поръчка“ от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 10 % за нарушението по т. 1 по обособена позиция 1, поради следните съображения:

Поради естеството на нарушението по т. 1 не било възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалният метод. За този тип нередност по буква „а“ на т. 11, допусната при провеждането на процедурата се предвижда финансова корекция в размер на 10 % от представената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка.

За допуснатото нарушение по обособена позиция 2 следвало да се определи размер на финансова корекция от 5 % за нарушение по т.1.

2. На следващо място е установена липса на документална проследимост /одитна пътека/.

В досието на обществената поръчка не били налични всички документи удостоверяващи липсата на задължителни основания за отстраняване от процедурата по чл.54, ал.1 от ЗОП, спрямо участника определен за изпълнител по двете обособени позиции – Д. „Реклама за инвестиции“, както следва: свидетелства за съдимост на В. Е. Т., Л. П. Д. и Н. Я. Д. - за удостоверяване липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП; удостоверение от органите по приходите и удостоверение от общината по седалището на възложителя и на изпълнителя - за удостоверяване липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал.1, т. 3 от ЗОП /с изключение на удостоверение за наличие или липса на задължения към [община] на [фирма]/; удостоверение от органите на ГИТ - за удостоверяване липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 6 и чл. 56, ал. 1, т. 4 от ЗОП.

Описаното по т.2. отклонение представлявало нарушение по смисъла на чл.1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл.2, ал.1, т.4 от ЗОП във връзка с чл.67, ал.1 във вр. с чл.112, ал.2, т.3 от ЗОП за което предстои да бъде наложена финансова корекция. Същото било квалифицирано като нередност по т. 16 „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществена поръчка, буква „а“: „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществена поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“ от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 25% за нарушението по т.2, поради следните съображения:

Поради естеството на нарушението по т.2 не било възможно да се определи реалното

финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл.5, ал.1 от Наредбата за посочване нередности, при определяне на размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалният метод. За този тип нередност по буква „а“ на т. 16, допусната при провеждането на поръчка по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, съгласно колона № 3 на приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, се предвиждала финансова корекция в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка по двете Обособени позиции на проверяваната процедура.

С писмо изх. 12-00-22/12.03.2020г. УО уведомил бенефициента за установените нарушения, както и за правото му да възрази по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства. С кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № BG16RFOP002-2.006-0002-C01-M049 от 27.03.19г., допълнена с кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № BG16RFOP002-2.006-0002-C01-M050, бенефициентът представил писмени възражения и документи, съгласно които твърди, че не са налице констатираните от УО нарушения.

УО след като се запознал със съдържанието на възражението и допълнително представените документи не приема доводите на бенефициента за липса на допуснати нарушения по т.1.1 и т.1.2.

В резултат е издадено процесното решение.

На основание гореизложеното, по отношение на нарушението по т. 1.1. и т. 1.2 били налице всички елементи от дефиницията за нередност по чл.2, т.36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, а именно: действие или бездействие на икономически оператор, което водело до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и имало или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Б. имала качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент (ЕС) от N9 1303/2013, защото участвала в изпълнението на помощта от ЕСИФ. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, Б. осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на полученото финансиране от ЕСИФ. В рамките на извършеното възлагане Б. допуснала нарушение на правото на ЕС (чл. 160, параграф 1 и 2 от Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046) и на националното право, свързано с неговото прилагане (нарушените правни норми от ЗОП са конкретно посочени по-горе в т. 1.1.), в резултат на които имало потенциална възможност за нанасяне на вреда на бюджета на Съюз посредством отчитането на неоправдан разход. В този смисъл, налице било основание по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ за отмяна на предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция.

1.Предвид това УО приключил иницирираната процедура по реда на чл.70-72 от ЗУСЕСИФ, като е издал процесното решение с установени нарушения с финансово отражение по констатациите в т.1.1 и т.1.2, които съставляват основание по смисъла

на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ за отмяна на предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция в размер, равен на най-високия приложим процентен показател, предвид принципа на некумулиране на финансовите корекции, посочен в чл.7 от Наредбата за посочване на нередности.

Определил финансова корекция по АДПБФП с рег. № BG16RFOP002-2.006-0001-C01 с бенефициент БЪЛГАРСКА АГЕНЦИЯ ЗА ИНВЕСТИЦИИ, в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по следните договори:

2.1. Договор № ФД-01-12 от 14.06.2019г. по Обособена позиция 1 с изпълнител Д. „Реклама за инвестиции“, възлизаща на 3 042,25 лв. без ДДС и 3 650,70 лева с ДДС.

Определил финансова корекция по АДПБФП с рег. № BG16RFOP002-2.006-0001-C01 с бенефициент БЪЛГАРСКА АГЕНЦИЯ ЗА ИНВЕСТИЦИИ, в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по следните договори:

3.1. Договор № ФД-01-12 от 14.06.2019г. по Обособена позиция 1 с изпълнител Д. „Реклама за инвестиции“, възлизаща на 3 042,25 лв. без ДДС и 3 650,70 лева с ДДС.

3.2. Договор № ФД-01-13 от 14.06.2019г. по Обособена позиция 2 с изпълнител Д. „Реклама за инвестиции“, възлизаща на 42 347,00 лева без ДДС и 50 816,40 лева с вкл. ДДС.

Определеният в т.2 и т.3 процентен показател се прилага за засегнатите от нарушението разходи по Договор № ФД-01-12 от 14.06.2019г. и Договор № ФД-01-13 от 14.06.2019г., включени от бенефициента в следващи искания за плащания.

Доводите на бенефициента, че не е допуснато нарушение на чл.33, ал.1 от ППЗОП се опровергават от самата методика за оценка и механизма за оценяване по показател „Качество на организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“, който обвързва броят точки със степента на описание на организацията на персонала, както и от направеното от бенефициента уточнение във възражението, че на участниците е предоставена свобода да „представят своите концепции за организация по-най-добрия начин, така че да убедят възложителя“. Безспорно е, че обект на оценка, в нарушение на посочената императивна норма, е именно начинът на представяне/описанието и пълнотата на информацията на представения от участниците план за изпълнение на поръчката. Броят на подадените оферти в случая, не обуславя липсата на допуснати нарушения при откриването и провеждането на процедурата, нито може да санира наличието на такива, поради което твърденията на бенефициента, в тази насока не следва да се вземат предвид.

Предвид това действително, налице е нарушение с финансово отражение, тъй като показателят води до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата - на етап „подаване на оферта" има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните изпълнители, а на етап „оценка на офертите" има за последица неравно третиране на участниците в процедурата. В настоящия случай, финансовото отражение се изразява във възпиращ ефект върху заинтересованите от възлагането лица и пречка за обективно сравняване и оценяване на техническите предложения. В този смисъл, налице е потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената безвъзмездна финансова помощ, тъй като може да се направи обоснован извод, че при законосъобразна методика за оценка биха подали оферти по-голям брой заинтересовани икономически оператори с по-благоприятни за възложителя технически и ценови параметри.

Възложителят е предвидил, че в случай, че „Участникът е разписал предложението си за изпълнение на обществената поръчка в обхват непокриващ минималните изисквания за съдържание по всеки подпоказател, поставени в настоящата методика за оценка и в документацията за обществена поръчка, като цяло, същата ще се счита за непълна несъответстваща на обявените от Възложителя условия, което е предпоставка за отстраняване на участника от процедурата", без да е посочил какви са минималните изисквания за съдържание по отделните подпоказатели. Предвид, че не става ясно какви са минималните изисквания за съдържание по всеки подпоказател, потенциалните участници са поставени в изначално невъзможност да преценят какво следва да съдържа предложението им за да отговаря на изискванията на възложителя и да не бъде отхвърлено. Отделно от това, така разписаната методика не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, както и да се съпоставят предложенията на участниците. Липсват ясни указания как и въз основа на какви обективни обстоятелства/предварително зададени критерии ще се оценят разнородните предложения на участниците, в случаи, че всичките направят предложение, съдържащо четирите надграждащи обстоятелства при наличието на които се присъждат 100 точки. По този начин не се гарантира обективно класиране на участниците и се предоставя възможност за субективизъм при определяне на комплексната оценка на участниците от страна на помощния орган на възложителя, тъй като не става ясно какви например мерки за вътрешен контрол следва да предложи участникът.

Методиката за оценка на показател „Предложение за организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката" (ОП), е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Съгласно цитираната разпоредба, възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други документи, свързани с организацията на изпълнение на дейностите, доколкото представят изпълнението в съответствие с офертата на участника и изискванията на

възложителя, но „пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите“.

На основание гореизложеното, допуснато е нарушение 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;

чл.70, ал.7, т.3 от ЗОП, предвид това че механизмът за оценка не дава на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка;

чл.70, ал.5 от ЗОП, защото чрез така формулирания показател за оценка само чрез изброяване на компонентите, при липса на достатъчно яснота за тяхното съдържание, на практика се стига до неограничена свобода и липса на гаранция за реална конкуренция.

Посоченото в т.1 отклонение представлява нарушение по смисъла на чл.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" във връзка с чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал.1 от ППЗОП, за което следва да бъде наложена финансова корекция. Същото се квалифицира като нарушения 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 „а" „Нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка" от приложение 1 към чл.2, ал.1 от приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредба за посочване на нередности представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28.03.2017г., обн. ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., последни изм. и доп. ДВ, БР. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г. (Наредбата за посочване на нередности), за което предвид е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка в резултат на проведената процедура.

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.

Решението, издадено на 08.05.2020г. е връчено на Българска агенция за инвестиции, които обжалват акта пред АССГ, с жалба от 27.05.2020г. По делото не са представени доказателства за датата на връчване, не са направени възражения в тази връзка, поради което съда счита същата за подадена в срок.

Разгледана по същество жалбата 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. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на икономиката, който със Заповед № РД-16-5/06.01.2020г., е възложил на С. К. – и.д. Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП ИК 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното 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 административните производствени 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.

От доказателствата по делото безспорно се установява наличие на описаните в решението нарушения. Съдът изцяло споделя изводите на УО, като в административното производство и производството пред настоящата съдебна инстанция не са представили доказателства, които да обосноват извод различен от направения в процесното решение.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби: налице са констатирани две основни нарушения: 1. Незаконосъобразна методика за оценка на офертите и 2. Липса на документална проследимост /одитна пътека/ .

1. Незаконосъобразна методика за оценка на офертите.

В утвърдената от възложителя методика за оценка е включен показател К „Предложение за организация на персонала“, който не съдържа точни указания за изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки и не е свързан с предмета на нито една от двете обособени позиции: „Изработване (дизайн, предпечатна подготовка, печат) и доставка на печатни и промоционални материали“ и „Разработване на информационни, промоционални и рекламни печатни материали“. Съгласно утвърдения от възложителя Б. механизъм за оценка по този показател точки се присъждат на категории като „конкретните продукти и резултати“, „мерки за вътрешен контрол“, „механизми за осигуряване на качествено изпълнение“, мерки за контрол, за отчитане, организационни мерки и т.н. Посочените категории не са изпълнени със съдържание и са неясни, субективни и абстрактни и безспорно не съставляват качествени критерии и указания, свързани с предмета на поръчката. Показателят е формулиран общо и неясно и на практика е общовалиден към всякакъв обект на възлагане - без значение дали е изработка, строителство или услуга, например. Не е обвързан с предмета на възлагане по никакъв начин. Не е ясно какъв смисъл е вложен в терминът „декомпозиране“ на отделни задачи за целите на обществената поръчка и съответно какво е неговото значение за качествено изпълнение на предмета на процедурата.

Съгласно чл.70, ал.7, т.1 от ЗОП 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.

В този смисъл, разглежданият показател не съответства на чл. 70, ал. 7, т. 1, тъй като не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта.

На второ място, методиката за оценка на показателя К „Предложение за организация на персонала“, е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл.33, ал.1 от ППЗОП., като също така е допуснал и нарушения на чл. 70, ал.7, т.1, т.2, т.3 буква „б“ и ал.5 от ЗОП.

Чл. 70, ал.5 от ЗОП 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 строителството, 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.

Съгласно чл. 70, ал.7, т.1, т.2, т.3 буква „б“ от ЗОП 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:

б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

От така заложената скала за оценяване се установява, че съгласно утвърдената методика, съответствието на предложенията на участниците с базовите изисквания на възложителя, както и оценката на предложенията, надграждащи базовите изисквания, ще бъдат поставени в зависимост от обема на предоставената информация, т.е. от степента на описание на дейностите. Видно от механизма за оценяване дейностите по изработването и доставката на всеки един артикул следва да са „детайлно и ясно“ разписани. От разписаната методика за оценка по този показател се установява, че помощният орган на възложителя ще оценява предложенията на кандидатите именно с оглед пълнотата на представяне на информацията относно организацията на изпълнението на дейностите в нарушение на забраната по чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Съгласно чл. 33, ал.1 от ППЗОП Възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други документи, за да оценяват организацията на изпълнение в съответствие с методиката за оценка. Не се допуска оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в документите. В тези случаи в документацията за участие се определят ясни и конкретни условия, на които следва да отговарят плановете и графиците, и информацията, която трябва да съдържат.

В този смисъл е Решение № 5186 от 08.04.2019 г. по адм. дело № 9387/2018 г. на ВАС.

Въз основа на гореизложеното с въвеждането на показателя за оценка „Качество на организацията на персонала, на който било възложено изпълнението на поръчката“, жалбоподателят е допуснал нарушение 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 били свързани с предмета на възлагане и от друга страна, не били измерител за качество, тъй като са поставени от възложителя самоцелно, единствено и само като елемент на оценка, без да касаят изпълнението на техническото предложение;

чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, тъй като не е гарантирана възможността за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците;

чл. 70, ал. 7, т. 3, буква „б“ от ЗОП, като се има предвид, че механизма за оценка не дава на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка;

чл. 70, ал. 5 от ЗОП, защото чрез така формулираният показател за оценка само чрез изброяване на компонентите, при липса на достатъчно яснота за тяхното съдържание, на практика се стига до неограничена свобода на липса на гаранция за реална конкуренция.

В заключение се налага извода, че посоченото в т. 1 отклонение представлява нарушение по смисъла на чл. 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, приета с Постановление № 57 на МС от 23.08.19 г., в сила от 23.08.2019 г. (Наредбата за посочване на нередности) във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 70, ал. 1, т. 3, чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП (приложима редакция на закона спрямо проверяваната процедура - ДВ, бр. 17 от 01.01.18 г., в сила от 23.02.2018 г.) и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП (приложима редакция на правилника спрямо проверяваната процедура - ДВ, бр. 91 от 14.11.2017 г., в сила от 01.01.18 г., за което следва да бъде наложена финансова корекция.

Същото правилно е квалифицирано като нарушение 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 ограничавало достъпа на кандидатите или участниците“, буква „а“ „нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка“ от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Тъй като поради естеството на нарушението по т. 1 не е възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне размера на

финансовата корекция за нарушенията правилно административния орган е приложил пропорционалния метод. За такъв тип нередност по буква „а“ на т. 11, допусната при провеждането на процедурата се предвижда финансова корекция в размер на 10 % от представената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка. Имайки предвид горното РО правилно и обосновано за допуснато нарушение по обособена позиция 2 е определил размер на финансова корекция от 5 % за нарушение по т.1., за което е изложил съответни мотиви.

2. Липса на документална проследимост /одитна пътека/.

Безспорно установено по делото е, че в досието на обществената поръчка не са налични всички документи, удостоверяващи липсата на задължителни основания за отстраняване от процедурата по чл.54, ал.1 от ЗОП, спрямо участника определен за изпълнител по двете обособени позиции – Д. „Реклама за инвестиции“ Липсват, както следва: свидетелства за съдимост на В. Е. Т., Л. П. Д. и Н. Я. Д. - за удостоверяване липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 1 от ЗОП; удостоверение от органите по приходите и удостоверение от общината по седалището на възложителя и на изпълнителя - за удостоверяване липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал.1, т. 3 от ЗОП /с изключение на удостоверение за наличие или липса на задължения към [община] на [фирма]/; удостоверение от органите на ГИТ - за удостоверяване липсата на обстоятелствата по чл, 54, ал. 1, т. 6 и чл. 56, ал. 1, т. 4 от ЗОП.

По делото не се представиха доказателства, които да променят фактическите констатации на органа и да обосноват извод различен от направения в процесното решение.

Описаното по т.2. отклонение безспорно е нарушение по смисъла на чл.1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл.2, ал.1, т.4 от ЗОП във връзка с чл.67, ал.1 във вр. с чл.112, ал.2, т.3 от ЗОП за което е наложена финансова корекция.

Съгласно чл. 67, ал.1 от ЗОП При подаване на заявление за участие или оферта кандидатът или участникът декларира липсата на основанията за отстраняване и съответствие с критериите за подбор чрез представяне на единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП). В него се предоставя съответната информация, изисквана от възложителя, и се посочват националните бази данни, в които се съдържат декларираните обстоятелства, или компетентните органи, които съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен, са длъжни да предоставят информация.

Съгласно чл. 112, ал.2, т.3 от ЗОП възложителят не сключва договор, когато

участникът, класиран на първо място не докаже, че не са налице основания за отстраняване от процедурата.

В резултат от горното се налага извода, че описаното по т.2. отклонение правилно и законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 16 „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществена поръчка, буква „а“: „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществена поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност" от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В настоящия случай, правилно е определен размера на финансова корекция от 25% за нарушението по т.2.

Предвид естеството на нарушението по т. 2 в действителност не е възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици. В резултат на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне на размера на финансовата корекция за нарушенията следва да се приложи пропорционалният метод, което е сторено от решаващият орган. За този тип нередност по буква „а“ на т. 16, допусната при провеждането на поръчка по чл. 20, ал. 2 от ЗОП, съгласно колона № 3 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, се предвижда финансова корекция в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключените договори за обществена поръчка по двете обособени позиции на проверяваната процедура.

Съдът приема, че процесното решение правилно и законосъобразно е издадено на основание чл. 2, т. 36, чл. 122, параграф 2 и чл. 143, параграф 1 и 2 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. 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, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета; чл. 160, параграф 1 и 2 от Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 г. за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) N° 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012; чл. 9, ал. 5, изр. второ, чл. 49, ал. 2, т. 1, чл. 70, ал. 1, т. 9 във връзка с чл. 71, ал. 1 и ал. 2, чл. 72 и чл. 73 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (обн., ДВ, бр. 101 от 22.12.2015 г., поел. дол., бр. 13 от 14.02.2020 г.); чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4, чл. 54, ал. 1, т. 3, чл. 57, ал. 1 и ал.

2, чл. 58, ал. 1, т. 2, чл. 67, ал. 1, чл. 70, ал. 1, т. 3, чл. 70, ал. 5 и ал. 7, чл. 112, ал. 2, т. 3 от Закона за обществените поръчки и чл. 33, ал. 1 и чл. 98, ал. 1, т. 6 от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки, с 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“ и т. 16 „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществена поръчка, буква „а“: „изискуемите по 3. документи от досието на обществена поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“ от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС (№ 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27.31.03.2017 г., последни изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 06.03.2020 г., в сила от 06.03.2020 г.; чл. 30 ал. 1, т. 2 от Усгройствения правилник на Министерството на икономиката (приет с ПМС № 447 от 23.12.2014 г., обн., ДВ, бр. 108 от 2014 г., поел. изм., ДВ, бр. 42 от 28.05.2019 г., в сила от 1.06.2019 г.); т. 1 от Решение № 574 на Министерския съвет от 13.07.2016 г. за определяне на управляващ и сертифициращ орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020; Заповед № 9 РД-16- 5/06.01.2020 г. на министъра на икономиката.

Нормата на чл. 70, ал.1, т. 9 ЗУСЕСИФ определя, че финансова корекция се извършва 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. Такава нередност може да бъде извършена, чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, както и на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност“. При определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1.) Доказано нарушение на разпоредба на общностното право или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В настоящия случай, се установиха предпоставките за налагане на ФК, поради нарушения

на императивни норми на ЗОП.

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможност нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатиранията нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност, от които следва да се води всяка обществена поръчка. От това, съдът прави извод, че са налице и другите два елемента от състава на нередността: възможна вреда и причинно следствена връзка между деянието и вредата.

Въз основа на изложеното, следва, че оспореният административен акт е издаден от компетентен едноличен административен орган, в законоустановената писмена форма. Изчерпателно изброените реквизити в чл.59, ал.2, т.1-т.8 АПК са налице, актът е достатъчно ясно мотивиран с посочване на фактическото и правното основание за неговото издаване, поради което не се установяват пороци от категорията на тези от чл.146, т.1-т.5 от АПК и същият е законосъобразен, а жалбата се явява неоснователна и като такава следва да бъде оставена без уважение.

При този изход на спора разноски се дължат на ответника, определени на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ, във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 150 лв. юрисконсултско

възнаграждение.

Водим от горното, съдът

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Българска агенция за инвестиции, представлявана от С. Я., в качеството му на Изпълнителен директор срещу Решение № РД-16-364/08.05.2020г. на Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК 2014-2020.

ОСЪЖДА Българска агенция за инвестиции, представлявана от С. Я., в качеството му на Изпълнителен директор да заплати на Министерството на икономиката сумата от 150 лв. /сто и петдесет/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с частна жалба пред ВАС в 14 дневен срок от съобщението до страните.

СЪДИЯ: