

РЕШЕНИЕ

№ 1793

гр. София, 19.03.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 15 състав,
в публично заседание на 05.03.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Росица Цветкова

при участието на секретаря Антонина Митева, като разгледа дело номер **1193** по описа за **2024** 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. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).
Образувано е по жалба на „Напоителни системи“ ЕАД,[ЕИК], с адрес: [населено място], п.к. 1186, р-н Овча купел, [улица], ет. 3 представлявано от изп. директор С. Д., действаща чрез адв. Г. Г., против Решение № 03-РД/5875/07.12.2023 г. на зам. изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие" (ДФЗ), с което: I. е съгласувана частично проведената на основание чл. 73, ал. 1 ЗОП обществена поръчка с предмет „Избор на изпълнители за извършване на строително - монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи” ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г.“ по обособена позиция № 26 с избран изпълнител „Аква конструктор“ ЕООД, ЕИК:[ЕИК], по административен договор № РД50-252 от 27.11.2023 г. за

предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, сключен между ДФ "Земеделие" – РА и „Напоителни системи“ ЕАД с УРН 181808; II. на основание чл. 3, ал. 2, пр. 2 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове за нарушение на изискванията на чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП, изразяващо се в използване на методика на оценка на офертите, която дава прекомерна свобода на комисията при присъждането на точки и създава предпоставки за субективизъм, което попада в обхвата на т. 11, буква „а“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 10% от разходите, поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществена поръчка със стойност на договора за възлагане на обществена поръчка 1 705 414,24лв. Жалбоподателят твърди, че оспореният акт е незаконосъобразен, поради допуснати съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Излага съображения за допуснати нарушения във връзка с формата на акта, които са квалифицирани като процесуални нарушения – непосочване на фактически основания за издаване на акта и необсъждане на възраженията на възложителя. Оспорва се изводът, че методиката е неясна и дава възможност за субективизъм при оценяване на предложенията. Твърди се, че неправилно органът е обосновал извод за извършено нарушение. По подробно изложени съображения се иска обжалваното решение да бъде отменено изцяло. Претендират се разноси по делото.

Ответната страна – зам. изп. д-р на Държавен фонд "Земеделие", редовно призован, не се явява, не изпраща представител. Чрез процесуален представител депозира писмено становище по делото, с което оспорва жалбата, претендира разноси и прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар на пълномощника на жалбоподателя.

След преценка на събраните по делото доказателства, съдът приема за установено от фактическа страна следното:

Със Заповед № 03-РД/3089/22.08.2022 г. на изп. директор на ДФЗ правомощията за издаване на решения за налагане на финансови корекции са делегирани на зам. изпълнителния директор на ДФ "Земеделие" – И. П. И., избрана с Протокол № 197 от заседание на УС, състояло се на 19.08.2022 г., с ресори прилагане на мерките от ПРСР 2014-2020 г. и ПМДР 2014-2020 г.

„Напоителни системи” ЕАД е бенефициент по договор № РД50-252 от 27.11.2023г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие на селските райони /ПРСР/ 2014 – 2020 г., процедура чрез подбор BG06RDNP001-4.016 „Проектни предложения от „Напоителни системи” ЕАД за възстановяване на съществуващи хидромелиоративни съоръжения за напояване“ по подмярка 4.3 „Подкрепа за инвестиции и инфраструктура, свързана с развитието, модернизиранието или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г.

Във връзка с реализиране на проекта, с Решение F312684/05.01.2023 г. на изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Избор на изпълнители за извършване на строително – монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи” ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г., по обособени позиции”. Обособена позиция № 26 е за: „НС ”Ихтиман”, Магистрален напоителен канал М-2 – ремонт на облицовка и съоръжения в участък от хкм 0+00 до хкм 76+98, землища [населено място], [населено място], [населено място], [населено място], [община], Софийска област”, “Напоителни системи ЕАД – София-клон”. Решението за откриване на процедурата и обявлението за обществената поръчка са публикувани в Регистъра на обществените поръчки под уникален номер: 02023-2023-0001. Документацията по поръчката е достъпна в електронен вид чрез регистъра на обществените поръчки. С решение № РД-11-90#31/15.09.2023г. за определяне на изпълнител на обществена поръчка за обособена позиция № 26 е определен за изпълнител „Аква конструктор“ ЕООД, с който е сключен договор за възлагане на обществена поръчка на стойност 1

705 414.24 лв. без ДДС. От решение № РД-11-90#31/15.09.2023г. е видно, че за позиция № 26 са подадени четири предложения, но само едно е допуснато до участие и респ. подателят му е определен за изпълнител.

В рамките на процедурата възложителят е одобрил методика за оценка на офертите, съгласно която: „Обществената поръчка се възлага въз основа на икономически най-изгодната оферта. Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа критерии за възлагане - „оптимално съотношение качество/цена” по смисъла на чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, което се оценява въз основа на цената и на показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка“. Критерият за възлагане на поръчката по чл. 70 от ЗОП е дефиниран подробно, както следва:

За всяка обособена позиция, класирането на допуснатите до оценка оферти се извършва на база получената „Комплексна оценка“ (КО). Комплексната оценка представлява сума от индивидуалните оценки по определените предварително от възложителя показатели, отразяващи оптималното съотношение качество/цена, по следната формула:

КО = ТП + ФП, като

КО се определя на база следните показатели:

А) ТЕХНИЧЕСКИ ПОКАЗАТЕЛ (ТП) и е с максимален брой точки 70 – формира се като сума от следните подпоказатели:

= ТПп + ТПс, където

ТПп – „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40.

ТПс – Срок за изпълнение на строително-монтажните работи – максимален брой точки 30.

Б) ФИНАНСОВ ПОКАЗАТЕЛ (ФП) – Ц. за изпълнение на поръчката - оценява

предложената от участника цена - максимален брой точки 30.

КО е с максимален брой точки - 100.

Дадени са указания за определяне на оценките по всеки показател. Конкретно за техническия показател е посочено, че той се оценя с максимално 70 точки на база оценката по два подпоказателя: „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – с максимален брой точки 40, и „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ – максимален брой точки 30.

На свой ред „подпоказателя“ „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ е прието да се оценява на база няколко отделни „признаци, които са описани в нарочни Таблици № 1 и № 2, обособени в две групи – „минимални изисквания“ (таблица № 1) и „надграждащи, техническото предложение“ (Таблица 2). За всяка група от тези признаци е посочено колко максимално точки могат да се получат. В таблица № 1 са посочени признаците, окачествени като „минимални изисквания“, за които е предвиден максимален брой точки 25. Уточнено е, че предложението „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ следва да представя предложение за цялостния подход за изпълнение на обекта, при което трябва задължително да съдържа най-малко следната изискуема информация, наименувана по следния начин и в следната последователност: Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Допълнено е, че при оценяване на предложението представения „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ се проверява дали отговоря на посочените по-горе минимално поставени изисквания в Таблица №1 за съдържание, качество и наличие на задължително изискуеми елементи и дали в своята последователност гарантира навременното постигане на резултати, спрямо минималните изисквания на Техническата спецификация. В случай, че спрямо участника не може да бъде констатирано мотивирано наличие на никое от определените от Възложителя надграждащи условия в Таблица №2, то ще бъде оценено с „минималния“ брой точки

по показателя 25 точки. Т.е. от една страна тези 25 точки са дефинирани като максимални, а няколко реда по-долу като минимални в рамките на максималните 25, т.е. като абсолютно число – би следвало да се получават или всичките накуп или нито една от тях.

Условията, „НАДГРАЖДАЩИ ТЕХНИЧЕСКОТО ПРЕДЛОЖЕНИЕ“, представени в Таблица № 2, са три, описани съответно по следния начин:

1. За всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката, и са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата като са формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

* 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 ясно дефинирани начало и край и измерими резултати.

Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите ресурси (материални, технически и човешки), организация на работата на човешкия ресурс за всички дейности, включени в поръчката, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие с изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя.

2. Представена е вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени технически подходи за изпълнение, които освен да гарантират ефективното и навременно изпълнение в съответствие с изискванията на приложимите към изпълнението на поръчката норми, стандарти и практики, обосновава повишаване на

ефективността при изпълнението на поръчката.

3. Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда. Допълнителните мерки е необходимо задължително да отчитат спецификата на възлаганите работи и да са насочени към конкретната обществена поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими към всяка една поръчка за строително-монтажни работи без значение на нейния обхват и специфични особености. Всяка мярка е необходимо да съдържа едновременно следните два компонента:

А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и

Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.

Изпълнението на всяко от тези условия е предвидено да се оценя с максимум 5 точки, или общо 15 точки са максимално възможните за тези подпоказатели.

Във връзка с осъществяването на последващ контрол върху обществената поръчка и констатирани нарушения при възлагането ѝ, с писмо с Изх. № 01-2600/5080 от 30.11.2023 г., изпратено чрез Информационна система за управление и наблюдение на средствата от ЕС в България 2020 (ИСУН 2020) на 01.12.2023 г., административният орган е открил производство по налагане на частична финансова корекция на основание чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ. Производството е открито по повод следните преценки на административния орган: с одобрената методика за оценка на предложенията и по-конкретно с въведените показатели „НАДГРАЖДАЩИ ТЕХНИЧЕСКОТО ПРЕДЛОЖЕНИЕ“, възложителят е формулирал неясни условия и не е определил конкретни измерители, на базата на които да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, напротив - показателите за оценка дават неограничена свобода на избор на членовете на оценителната комисия и не гарантират реална конкуренция. Одобряването на незаконосъобразна методика за

комплексна оценка, е оценено като нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 във връзка с чл. 2 от ЗОП и респ. квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. На дружеството възложител е дадена възможност да изрази становище по направените констатации. В писмото до него е указано изрично какви нарушения са констатирани, каква нередност те съставляват и каква санкция предстои да бъде наложена. В предоставения срок дружеството е оспорило извода, че показателите за оценка са неясни и не дават възможност за обективна и предвидима оценка. Обосновано е подробно становище, че не е налице нарушение, респ. нередност, за която да се ангажира отговорността на дружеството.

Възраженията са приети за неоснователни и е издадено обжалваното Решение № 03-РД/5875/07.12.2023 г. на зам. изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие" (ДФЗ), с което: I. е съгласувана частично проведената на основание чл. 73, ал. 1 ЗОП обществена поръчка с предмет „Избор на изпълнители за извършване на строително - монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи” ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г.“ по обособена позиция № 26 с избран изпълнител „Аква конструктор“ ЕООД по административен договор № РД50-252 от 27.11.2023 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, сключен между ДФ "Земеделие" – РА и „Напоителни системи“ ЕАД; II. на основание чл. 3, ал. 2, пр. 2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ за нарушение на изискванията на чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП, изразяващо се в използване на методика на оценка на офертите, която дава прекомерна свобода на комисията при присъждането на точки и създава предпоставки за субективизъм, което попада в обхвата на т. 11, буква „а“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата (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

на участниците) и за което с предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер на 10 % от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване, е определена финансова корекция в размер на 10% от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществена поръчка със стойност на договора 1 705 414,24лв.

По делото няма доказателства кога е съобщено решението от 07.12.2023г. на жалбоподателя (представената разпечатка от системата ИСУН не касае изпращането на решението, а получаването на отговора на дружеството, който е представен два пъти чрез административната преписка - веднъж в черно-бяло копие и веднъж в цветно), но доколкото жалбата до съда е подадена на 20.12.2023г., спазването на срока за обжалване на решението от 07.12.2023г. е безспорно.

С оглед установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е подадена в срока по чл. 140, ал. 1 от АПК срещу акт, подлежащ на оспорване по съдебен ред, от надлежна страна, поради което същата е допустима.

Обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма – писмена, с посочване на правни и фактически основания за постановяването му. Противно на изложеното в жалбата, актът съдържа конкретни фактически основания за издаването му и отделно от това в необходимата степен са обсъдени възраженията на дружеството, направени преди издаването му. Няма основание да се приеме, че при издаване на акта са допуснати каквито и да било съществени процесуални нарушения или че актът е издаден при превратно упражнение на власт.

При преценка на съответствието на акта с материалния закон, съдът съобрази следното: Нормата на чл. 70. (1) от ЗУСЕФСУ предвижда, че финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на определени основания, едно от които е това по т. 9 - за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ.

По отношение на твърдяно нарушение:

Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП в действащата редакция към момента на одобряване на методиката, в документацията на обществената поръчка възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации (т. 1); да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите (т. 2); да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател (т. 3), като за: количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване (б. "а"); качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (б. "б").

Съдът споделя доводите на административния орган, че приетата методика в частта, касаеща въвеждането на т.нар. „надграждащи“ показатели допуска по същество оценяване на пълнотата и подхода при представяне на информацията от страна на кандидатите, тъй като за всеки от коментираните показатели по таблица № 2 е предвиден максимален размер точки 5т., т.е. възможно е да не се получат тези 5т., респ. всички възможни 15 точки за трите показателя. Отделно от това не се предвижда нарочна, още по-малко независима експертна оценка при преценката на изпълнението на тези показатели. Тези обстоятелства несъмнено означават, че методиката въвежда оценяване, което не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите и не осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Приетата методика се основава на субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлното или

формалното или недостатъчно описание на дейностите/задачите. Методиката за определяне на комплексна оценка, приложена от жалбоподателя, не дава ясни инструкции за начина на определяне на оценката на техническите предложения, присъждането на точките по отделните показатели не е обвързано от изпълнението на обективни условия и/или предварително зададени обективни критерии, а зависи преимуществено от субективната преценка на членовете на комисията. Отсъствието на точни и ясни указания за определяне на оценката води до липса на обективни критерии за сравнение и съпоставяне на отделните предложения на кандидатите. Така Методиката създава условия за неравно третиране на участниците. В този смисъл тя има и разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата.

Съдът намира, че е налице нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3, б. "б" ЗОП – видно от коментираното по-горе съдържание на одобрената методика за оценка на предложенията, тя нито дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, нито осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката за всеки показател. Нарушението е от такова естество, че е създадо потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона и не бе одобрил подобна неясна методика за оценка, би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Това дава основание да се приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал обсъжданото нарушение общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-ниски. Вредата е пряка и непосредствена последица от нарушението. Това нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. "а" 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: 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 на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка.

Правилно е прието, че финансовото отражение на това нарушение не може да бъде измерено, поради което за определянето на финансовата корекция на основание чл. 3, ал. 2 от Наредбата е ползван пропорционалният метод. Правилно е определена основата на финансовата корекция – стойността на допустимите разходи по договора, сключен с изпълнителя, финансирани със средства от европейските фондове, като правилно е приложен абсолютно определения като размер показател за корекция от 10%. По изложените съображения съдът приема, че решението е изцяло законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски в минимален размер е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 изр. 2 от Наредбата за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ и чл. 143, ал. 3 от АПК, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Напоителни системи“ ЕАД, с адрес: [населено място], п.к. 1186, р-н Овча купел, [улица], ет. 3, представлявано от изп. директор С. Д. чрез адв. Г. Г., против Решение № 03-РД/5875/07.12.2023 г. на зам. изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие".

ОСЪЖДА „Напоителни системи“ ЕАД с адрес: [населено място], п.к. 1186, р-н Овча купел, [улица], ет. 3, представлявано от изп. директор С. Д. чрез адв. Г. Г., да плати на Държавен фонд "Земеделие" разноски по делото за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: