

РЕШЕНИЕ

№ 11246

гр. София, 09.07.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 3 състав, в
публично заседание на 12.06.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Николинка Бузова

при участието на секретаря Мариана Велева, като разгледа дело номер **3489** 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. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление/ЗУСЕФСУ/.

Образувано по жалба на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], чрез адв. Г., с посочен съдебен адрес: [населено място], [улица], № 96, ет. 1, ап. 3, срещу Решение за частично съгласуване на обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5885 от 07.12.2023 г. на заместник изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие" за обособена позиция № 12 „Реконструкция на необлицовани участъци от магистрален канал М-1 от напоителна система „Тракиец“ и рехабилитация на водовземни съоръжения, „Напоителни системи“ ЕАД-клон „Хасково“, в частта с която на дружеството е определена финансова корекция в размер на 5 % - 319 317,58 /триста и деветнадесет хиляди триста и седемнадесет лева и 58 ст./ лева без ДДС, от поисканите за възстановяване разходи на стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 6 386 351,55 /шест милиона триста осемдесет и шест хиляди триста петдесет и един лева и 55 ст./ лева без ДДС, по договор за възлагане на обществена поръчка с предмет “Избор за 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 горската инфраструктура“ от мярка 4 „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2021-2020 г.“ по обособена позиция № 12 с избран

изпълнител „Елит Строителна компания“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], по административен договор № РД50-245 от 24.11.2023 г. за отпускане на финансова помощ, сключен между Министерство на земеделието и храните, ДФ „Земеделие“ – РА и „Напоителни системи“ ЕАД, с УРН 181808.

Релевира се, че обжалваният акт е неправилен и незаконосъобразен, постановен в нарушение на материалния закон и при съществени нарушения на процесуалните правила. Твърди се, че изготвената методиката за оценка на офертите е изготвена при спазване на всички изисквания на чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП, като еднозначно и ясно е посочен начинът за определяне на оценката по всеки показател и този начин дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Посоченият начин за определяне на оценката по всеки показател съгласно методиката за оценка осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Сочи се, че всяка методика за комплексна оценка е средство, което позволява на възложителя да избере офертата, която му дава оптималното съотношение качество/цена. Именно затова показателите на методиката следва да се преценяват с оглед предмета на поръчката - нейните специфики, характеристики и обем, така както са заложили в техническата спецификация. Поради това не винаги липсата на конкретни дефиниции, при това на общоупотребими понятия и изрази, е равнозначна на недостатъчно описание на критериите за възлагане и тяхната тежест, а оттам и на неясна методика за оценка. Поддържа се, че в разглеждания случай участниците могат да предвидят при подаването на офертите си броя точки, които ще получат. Критериите, които са заложили позволяват на комисията за разглеждане на офертите, да прецени на база приетите критерии колко точки следва да се присъдят на съответният кандидат. Разписаните критерии гарантират обективна оценка на техническите предложения и осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, по които ще се определя оценката по всеки показател. Всеки от надграждащите елементи е свързан с предмета на поръчката и има отношение към качеството на крайните резултати. Според жалбоподателя са налице точни, конкретни и предвидими изисквания, чиято цел е в най-висока степен да се оцени способността на потенциалните изпълнители за качествено и ефективно изпълнение на поръчката. При това оценката се формира на база минимални изисквания и предложени допълнителни надграждащи обстоятелства, но без да е предвидено оценяване на съдържанието на тези надграждащи предложения, поради което е осигурена съпоставимост между отделните оферти, свеждаща се до това дали съдържат само предложение в обхвата на минималните изисквания или съдържат и допълнителните обстоятелства, за които се определят допълнителни точки. Твърди се, че в методиката за оценка подробно е описано какви са критериите за оценяване на съответния брой точки по всяка от двете степени. Не е налице ограничаване на достъпа на участниците в конкретната процедура, което се потвърждава и от подадени няколко оферти за частите. Не се установява методиката за оценка да не дава яснота за потенциалните участници в процедурата и да не гарантира реална конкуренция, каквото е изискването на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Всички надграждащи елементи/обстоятелства са описани по начин, по който обективно да бъдат присъдени точки по всеки от тях.

Релевират се доводи, че ако действително методиката е била неясна, то участниците са имали възможността да обжалват същата по предвидения в закона ред, което не е сторено от никой от тях. Моли съда да отмени оспорвания акт и върне преписката на административния орган с указания за правилно прилагане на закона, алтернативно, да намали наложената финансова корекция. Претендират се разноски.

В съдебно заседание, жалбоподателят редовно призован, чрез процесуален представител поддържа жалбата и моли съда да я уважи. Претендира отмяна на акта, алтернативно намаляване на наложената финансова корекция.

Ответната страна - заместник-изпълнителен директор на Държавен фонд „Земеделие“ в писмена молба изразява становище за неоснователност на жалбата по аргументи, аналогични с тези, изразени в оспорения акт.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира 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 Административен договор № РД50-258 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, модернизирането 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 № 12 „Реконструкция на необлицовани участъци от магистрален канал М-1 от напоителна система „Тракиец“ и рехабилитация на водовземни съоръжения, „Напоителни системи“ ЕАД-клон „Хасково“. Документацията по поръчката е достъпна в електронен вид чрез регистъра на обществените поръчки.

С решение № РД-11-90#17/15.09.2023 г. за определяне на изпълнител на обществена поръчка за обособена позиция № 12 е определен за изпълнител с избран изпълнител ЕЛИТ СТРОИТЕЛНА КОМПАНИЯ“ ЕООД, класиран на първо място. На второ и трето място са класирани съответно „Люник“ ЕООД и ДЗЗД „Хидро-вод строй“.

На 03.11.2023 г. е сключен договор за възлагане на обществена поръчка № Д-53-2227-199 между „Напоителни системи“ ЕАД и „ЕЛИТ СТРОИТЕЛНА КОМПАНИЯ“ ЕООД на стойност 6 386 351,55 /шест милиона триста осемдесет и

шест хиляди триста петдесет и един лева и 55 ст./ лева без ДДС.

В рамките на процедурата възложителят е одобрил методика за оценка на офертите, съгласно която: 1. Обществената поръчка се възлага въз основа на икономически най-изгодната оферта, която се определя въз основа критерий за възлагане „оптимално съотношение качество/цена”, по смисъла на чл.70, ал.2, т.3 ЗОП, което се оценява въз основа на цената и на показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка.

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) – Цена 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: 1. ТПп „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – с максимален брой точки 40 и 2. ТПс „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 предложения „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 отговора 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.

В Таблица № 2 са посочени следните три условия, надграждащи техническото предложение с общ максимален брой точки- 15, всяко от които носи допълнително по 5 точки:

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 методиката 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 основите отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие е 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 па 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 строителномонтажни 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.

Във връзка с осъществяването на последващ контрол върху обществената поръчка и констатирани нарушения при възлагането ѝ, с писмо с И. № 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 04.12.2023 г., административният орган е открил производство по налагане на финансова корекция на основание чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ. Производството е открито по повод описани констатирани нарушения, свързани с методика за оценка на предложенията и по-конкретно с въведените показатели „НАДГРАЖДАЩИ ТЕХНИЧЕСКОТО ПРЕДЛОЖЕНИЕ“. В заключение е прието от органа, че методиката за оценка е незаконосъобразна, не дава достатъчна и пълна информация за начина на определяне на оценката, получаването на точки не е обвързано с предварително зададените обективни критерии и оценката зависи от субективната оценка на членовете на комисията, което има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата. Одобряването на незаконосъобразна методика за комплексна оценка, е субсумирано като нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 във връзка с чл. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Със същото писмо на бенефициера е дадена възможност, на основание чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ в 14-дневен срок от датата на получаване на настоящото уведомление да представи своите писмени възражения по основателността и размер на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

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 оспорваното в настоящото производство Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция от с № 03-РД/5885/07.12.2023 г., от зам. изпълнителния директор на Държавен фонд „Земеделие“ /ДФЗ/, за обособена позиция №12, с което на основание чл. 20а, ал. 2 от Закона за подпомагане на земеделските производители, чл. 73, ал. 1, чл. 72, ал. 1 във вр. с чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, утвърдените от Ръководителя на управляващия орган на програмата за всяка процедура насоки и/или друг документ, определящи условията за изпълнение на одобрените проекти по 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 в инфраструктура, свързана с развитието, модернизиранието или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4 „Инвестиции в материални активи“ от Програма за развитие на селските райони за периода 2014-2020 г. и съгласно Заповед № 03-РД/3089 от 22.08.2022 г. на

„Напоителни системи“ ЕАД, на основание чл. 3, ал. 2, предложение второ 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 за 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, б. „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“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата и за което е предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване, е определена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществената поръчка със стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 6 386 351,55 /шест милиона триста осемдесет и шест хиляди триста петдесет и един лева и 55 ст./ лева без ДДС.

В мотивите на акта е прието, че по отношение на заложеното условие на първото надграждащо обстоятелство съгласно одобрената методика „за всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката...“ всеки участник следва сам да определи кои са ключовите моменти при изпълнение на поръчката, което не дава възможност за съпоставка на различните технически предложения. От дадените указанията не става ясно и кои оменти от изпълнението на поръчката се приемат от възложителя за ключови, съответно не са дадени насоки, кои моменти се възприемат като неключови. Не е ясен и механизмът, по който комисията ще отчете дали посочените от участниците фактори, визирани в първото надграждащо обстоятелство, ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката. Не става ясно и как комисията ще определи дали изпълнението на поръчката е ефективно или съответно не е ефективно. В методиката не е указано каква организация на обезпечаване на необходимите ресурси се ценят от възложителя като основание за получаване на допълнителен брой точки. В заложените условия на второто надграждащо обстоятелство липсва яснота относно това, какви възможни мерки за вътрешен контрол следва да опишат потенциалните участници, така че да осигурят вътрешен контрол при изпълнение на поръчката. Не става ясно и кои конкретни признаци ще доведат комисията до извода, че предложените от участниците конкретни технически подходи за изпълнение ще гарантират ефективно и навременно изпълнение на поръчката, съответно какво точно ще приеме помощния орган на възложителя за така визираната „гаранция“ за ефективност и навременност. Не е ясен и механизмът, по който комисията ще отчете дали предложението на участниците ще обоснове повишаване на ефективността на изпълнение на поръчката или съответно кога ще приеме, че повишаването на ефективността не е достатъчно обосновано. В описанието на третото надграждащо обстоятелство за получаване на допълнителен брой точки е въведено понятието „допълнителни мерки“. Това понятие не е разяснено

от страна на възложителя, като наред с това не е направена и разлика с какво тези „допълнителни мерки“ се отличават от общите мерки, към които е въведено същото. Не е ясно и на какви конкретни изисквания следва да отговарят визираните „допълнителни мерки“, за да удовлетворят изискванията на възложителя, съответно участниците да получат допълнителен брой точки.

По делото приета административната преписка.

С оглед установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕФСУ, че подлежи на обжалване пред съд. Депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14- дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014– 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г. Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ, ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице.

По силата на чл. 20а, ал.5 от ЗПЗП Изпълнителният директор на ДФЗ разполага с правомощието да приема решения за налагане на финансови корекции по реда на глава пета, раздел III от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, като съгласно ал. 6 на посочената норма, това му правомощие може да бъде делегирано със заповед на заместник изпълнителните директори и на директорите на областните дирекции на фонда. По делото е приложена Заповед № 03-00/3089/22-08-2022 г. по силата на т. 1.40 от която правомощието по приемане на решения за налагане на финансови корекции е делегирано от изпълнителния директор на ДФЗ на заместник изпълнителния директор /л. 22 - л. 27, т. 1 от делото/. Поради това процесният акт е в съответствие с

изискването по чл.146, т.1 АПК.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В акта изрично е посочено, че констатираното нарушение и неговият финансов ефект подробно е описано в цитираното по-горе уведомително писмо, адресирано да жалбоподателя, с което последният се е запознал преди издаване на решението за определяне на финансова корекция. В акта е посочено установеното нарушение, съставляващо нередност по т. 11, б. "б" от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ /Наредба за посочване на нередности/. Доколко тези фактически и правни основания са правилни, респ. дали обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

В случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства, от която същият се е възползвал. Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че органът не е обсъдил изразеното становище по основателността на наложената финансовакорекция. В този смисъл процесното решение е съответствие с изискванията на чл.146 т.2 и т.3 АПК.

Съгласно чл. 143 (1) от 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, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според

която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице. За да се наложи финансова корекция следва да е налице основание - нередност, съставляваща нарушение, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ. Съдът следва обстойно да обсъди в настоящото решение, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна. В тежест на административния орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на Закона за обществените поръчки, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение/с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая, приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

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

В оспорения административен акт е установено нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, във вр. с чл.2, ал.1 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 1 ЗОП въвежда императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 3. пропорционалност; 4. публичност и прозрачност.

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

Критериите за законосъобразност на методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател са гаранция за спазване принципите по чл. 2, ал. 1 ЗОП и не подлежат на разширително тълкуване. Показателите за оценка не трябва да водят до субективна преценка от страна на комисията/виж решение № 2052 от 10.02.2020г. по адм.д. № 5299 по описа на ВАС за 2019г./.

Действително, както сочи жалбоподателят, методиката не е била оспорена от участниците, но това не я квалифицира като законосъобразна, тъй като УО има задължение за осъществяване на контрол на обществени поръчки, финансирани с европейски средства.

Съгласно методиката Техническо предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително минимално поставени изисквания в Таблица № 1 и в своята последователност, гарантира навременното постигане на резултати, като спрямо него може да бъде заключено мотивирано наличието на някои от изброените условия в Таблица № 2, надграждащи Техническото предложение, ще получи за наличие на всяко едно условие допълнително по 5 точки за всяко едно от изброените условия. В случая възложителят е разработил базови изисквания, които покриват минималните му изисквания за

изпълнение предмета на поръчката, което го удовлетворява като изискванията са пряко свързани с предмета на поръчката. Възложителят е определил и три надграждащи условия, като е дал конкретни насоки, какво следва да съдържа всяко едно от тях и е дал свобода на стопанските субекти да посочат мерките, с които се осигуряват изпълнението. Надграждащите условия, определени от възложителя са свързани с предмета на поръчката, като се цели да се провери как участникът ще ги разработи при конкретния предмет и как ще гарантира изпълнението над минимално предвиденото в базовите изисквания.

По отношение първото надграждащо условие, наличието на определени ключови моменти е допълнителна гаранция за възложителя, че участникът е подготвен за нейното ефективно изпълнение, осигурявайки необходимите материално-технически и човешки ресурси, както и експертен персонал с ясно дефинирани задължения и отговорности по отношение на всяка задача, формираща предмета на поръчката, както и относно организиране на работата по осигуряване на ресурсите.

По отношение второто надграждащо условие, е заложено в методиката дали съответният участник предвижда мерки за вътрешен контрол или не предвижда такива, както и в какво се изразяват тези мерки.

При анализ на третото надграждащо условие не е налице припокриване с минималните изисквания и в частност с това по т. 4 от Таблица №1. В третото надграждащо условие Възложителят е посочил: „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 се отличават от общите (базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими) с това, че трябва да са различни от тях, т.е. не трябва да ги повтарят.

Действително надграждащото обстоятелство е свързано с базовите критерии, но именно затова се нарича надграждащо обстоятелство – обвързано е с базовите изисквания и дава добавена стойност на предложеното техническо предложение, като гарантира навременното и качествено изпълнение на предмета на поръчката, в случая с акцент върху спецификата на конкретната обществена поръчка. Допълнителните мерки могат да са с разнороден характер, но точно, за да могат да бъдат поставени пред общи условия и да бъдат сравнени обективно, възложителят е дал общи насоки на надграждащото обстоятелство (еднакви за всички участници) и е определил структурния обхват на мерките, а това е достатъчно за разумно информирания и полагащ обичайната грижа стопански субект да разбере как да разработи техническото си предложение, че да получи възможно най-високата оценка.

Според методиката, ако техническото предложение отговоря на минимално поставените изисквания за съдържание, качество и наличие на задължително изискуеми елементи и в своята последователност гарантира навременното и спрямо минималните изисквания на техническата спецификация постигане на резултати получава 25 точки. При наличието на надграждащо условие се получават съответно 5 точки за съответното условие. Това налага извода, че методиката за комплексна оценка е средство, което позволява на възложителя да избере офертата, която му дава оптималното съотношение качество/цена. Именно затова показателите на методиката

следва да се преценяват с оглед предмета на поръчката - нейните специфики, характеристики и обем, така както са заложиени в техническата спецификация. Предвид структурата и съдържанието на методиката за оценка, участниците могат да предвидят при подаването на офертите си броя точки които ще получат. Заложените критерии позволяват на комисията за разглеждане на офертите да прецени на база приетите критерии колко точки следва да се присъдят на съответният кандидат. Разписаните критерии гарантират обективна оценка на техническите предложения и осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, по които ще се определя оценката по всеки показател. Т.е. оценката се формира на база минимални изисквания и предложени допълнителни надграждащи елементи, поради което е осигурена съпоставимост между отделните оферти, свеждаща се до това дали съдържат само предложение в обхвата на минималните изисквания или съдържат и допълнителните условия, за които се определят допълнителни точки. Надграждащи условия са описани по начин, по който обективно да бъдат присъдени точки по всеки от тях. Не е налице ограничаване на достъпа на участниците в конкретната процедура, което се потвърждава и от посочения от жалбоподателя голям брой подадени оферти за участие.

Предвид изложеното, настоящият състав приема за погрешни изводите на органа, че процесната методика създава възможност за субективизъм от страна на помощната комисия на възложителя, непредвидимост на резултатите, а оттам намаляване на свободната конкуренция. Според настоящата инстанция всеки един от надграждащите елементи, изброени съответно в точки от 1 до 3 е самостоятелен, свързан е с предмета на поръчката и съдържа конкретно формулирани дейности, разяснения и допълнителни надграждащи условия, при които съответният участник може да получи по-висок брой точки. Показателите са относими към качеството на изпълнение и отчитат предмета на поръчката, техническата спецификация и указанията към участниците; организацията на изпълнението на дейностите в съответните етапи и последователност; организацията на предлагания ресурс за изпълнение на поръчката с оглед характера на дейностите и спецификите в конкретния случай /персонал, материали, техника, механизация, опазване на околната среда и др./.

Поради това следва да се приеме, че в методиката са заложиени точни и ясни правила за оценяване, чрез които се гарантира предвидимост, прозрачност на класирането и обективност при избора на изпълнител по процедурата, и не е налице нарушение на чл. 70, ал. 7 ЗОП, указващ начина на определяне на оценката по всеки показател /решения по адм. д. № 5492/2023 г. на ВАС, адм. д. № 68/2024 г. ВАС, адм. д. № 2531/2023 г. ВАС/.

След като по делото липсват данни, обуславящи извод за допуснато при възлагането на обществената поръчка нарушение на изискванията на чл. 70, ал. 7 ЗОП, е налице материалната незаконосъобразност на оспорвания акт, постановен в противоречие с разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, при липса на извършена от възложителя нередност, а още по-малко- такава по смисъла на т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата, даваща основание на изпълнителния директор на ДФЗ да наложи финансова корекция.

Предвид изложеното, следва да бъде отменено оспореното решение за налагане на

финансова корекция.

В съответствие с нормата на чл.143 АПК ответникът е отправил претенция за разноски в размер на 21 000 лв. с ДДС адвокатско възнаграждение и 256 лв. заплатена държавна такса.

С решение от 25 януари,2024г. по дело С-438/22, „Ем акаунт БГ“ ЕООД, ECLI:EU:C:2024:71, Съдът на ЕС постанови, че член 101, параграф 1 ДФЕС във връзка с член 4, параграф 3 ДЕС трябва да се тълкува в смисъл, че ако установи, че наредба, която определя минималните размери на адвокатските възнаграждения и на която е придаден задължителен характер с национална правна уредба, противоречи на посочения член 101, параграф 1, националният съд е длъжен да откаже да приложи тази национална правна уредба по отношение на страната, осъдена да заплати съдебните разноски за адвокатско възнаграждение, включително когато тази страна не е подписала никакъв договор за адвокатски услуги и адвокатско възнаграждение. Успоредно с това, националният съд не следва да се счита за обвързан от минималния размер на разноските, изчислени съобразно минимума по Наредба № 1/2004 г., предвид антиконкурентна същност на подзаконовия акт. На база на изрично постановеното от СЕС, подобен автоматизъм изключващ свободата на договаряне не обосновава сам по себе си законосъобразност и основателност на една претенция за разноски. Но Наредба № 1/2004 може да бъде ориентирана относно стойността на определяне на адвокатското възнаграждение в хипотеза в която страната не е извела и посочила друг критерий за стойността на адвокатските услуги, извън материалният интерес на делото. В случая по делото е проведено едно открито съдебно заседание, не са отправени доказателствени искания и доводите за основателност на оспорването в депозираната жалба и хода на делото по същество са при идентичност и липсата на допълнително аргументиране. Наред с това, спорът, макар и с висок материален интерес, не се характеризира с особена фактическата и правна сложност. На дружеството жалбоподател е определена финансова корекция в размер на 5 % - 319 317,58 /триста и деветнадесет хиляди триста и седемнадесет лева и 58 ст./ лева без ДДС, от поисканите за възстановяване разходи на стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 6 386 351,55 /шест милиона триста осемдесет и шест хиляди триста петдесет и един лева и 55 ст./ лева без ДДС. Ето защо и с оглед направеното възражение за прекомерност от ответника, и при съобразяване с приетото в решение от 25.01.2024 г. по дело С - 438/22 на СЕС, и в съответствие с фактическата и правната сложност на делото, и на основание чл. 7, ал. 2 от Наредба № 1/2004, в полза на жалбоподателя следва да се присъди сумата от 21 000,00 лв. с ДДС дължими разноски за адвокатско възнаграждение, които не са прекомерни, предвид и минималния размер определен в Наредбата – 20 911,24 с ДДС.

Съдът, като взе предвид, че от данните по делото се установява, че при проверка на редовността и допустимостта на подадената жалба, съдът е констатирал, че към нея в нарушение на изискването по чл. 151, т. 3 АПК не е приложен документ за платена държавна такса, дължима на основание чл. 27, ал. 6 ЗУСЕФСУ. С разпореждане от 10.04.2024 г., съдията-докладчик по делото е оставил без движение жалбата на „НАПОИТЕЛНИ СИСТЕМИ“ ЕАД [населено място] и е предоставил на жалбоподателя 3 /три/ дневен срок от получаване на разпореждането, в който да представи в деловодството на АССГ вносна бележка за платена държавна такса в

размер на 256 /двеста петдесет и шест/ лева по сметка на съда /л. 582, т.2 от делото/. Нередовността е отстранена на 19.04.2024 г. /л. 585 – гръб, т. 2 от делото/.

Съгласно чл. 27, ал. 6 ЗУСЕФСУ при оспорването на индивидуалните административни актове по този закон държавните такси, които се събират за съдебните производства, са пропорционални и са в размер 0,8 на сто от материалния интерес, но не повече от 1700 лв., а в случаите, когато материалният интерес е над 10 000 000 лв. - таксата е в размер 4500 лв.

В случая, неправилно съдът е изчислил дължимата ДТ в размер на 256 лв. На дружеството жалбоподател е определена финансова корекция в размер на 5 % - 319 317,58 /триста и деветнадесет хиляди триста и седемнадесет лева и 58 ст./ лева без ДДС, от поисканите за възстановяване разходи на стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 6 386 351,55 /шест милиона триста осемдесет и шест хиляди триста петдесет и един лева и 55 ст./ лева без ДДС, т.е. 0,8 % от 319 317,58 лв. е сума в размер на 2 554,54 лв., т.е. повече от предвидените в чл. 27, ал. 6 ЗУСЕФСУ – 1700 лв., поради което размерът на ДТ в процесния случай следва да бъде определен в размер на 1700 лв. и предвид изхода на спора, то съдът следва да осъди Държавен фонд „Земеделие“ да заплати на АССГ, сумата от 1 444,00 /хиляда четиристотин четиридесет и четири/ лева, представляваща разликата от дължимата ДТ по делото в размер на 1700 лв. и внесена такава от „НАПОИТЕЛНИ СИСТЕМИ“ ЕАД [населено място], определена от съда ДТ, в размер на 256 лв. /в този смисъл Определение № 11244/05.11.2021 г. по адм. дело № 9824/2021 г. по описа на ВАС и Определение № 12980/17.12.2021 г. по адм. дело № 11969/2021 г. по описа на ВАС/.

С оглед изложеното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. второ от АПК, Административен съд София-град,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция от № 03-РД/5885 от 07.12.2023 г. на заместник изпълнителния директор на Държавен фонд "Земеделие", за обособена позиция № 12, с което на „Напоителни системи“ ЕАД е определена финансова корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване по договора за възлагане на обществената поръчка със стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 6 386 351,55 /шест милиона триста осемдесет и шест хиляди триста петдесет и един лева и 55 ст./ лева без ДДС.

ОСЪЖДА Държавен фонд „Земеделие“ да заплати на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], сумата от 21 000,00 /двадесет и една хиляди/ лева с ДДС, разноски по делото, представляващи адвокатско възнаграждение и 256,00 /двеста петдесет и шест/ лева разноски по делото, представляващи държавна такса.

ОСЪЖДА Държавен фонд „Земеделие“ да заплати на Административен съд София-град сумата от 1 444,00 /хиляда четиристотин четиридесет и четири/ лева разноски по делото, представляващи държавна такса.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд, в 14 - дневен срок от деня на съобщението, че решението е изготвено.

СЪДИЯ: