

РЕШЕНИЕ

№ 1885

гр. София, 23.03.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 23.02.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **3767** по описа за **2020** 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 по повод на жалба вх. № 12039 от 05.05.2020 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № 0413 - 6 от 27.04.2020 г. по описа на Изпълнителна агенция „Оперативна програма“Наука и образование за интелигентен растеж“, подадена от Технически университет – С., с адрес [населено място], [улица], представлява от ректора проф. дн. инж. И. М. К. срещу решение № 80811 - 210 от 13.04.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014 – 2020 (ОП „НОИР”) за определяне на финансова корекция в размер на 5% върху предоставена безвъзмездна помощ от ЕСИФ по Договор № 3 – 92 от 12.09.2019 г. на стойност 2 539 655,00 лв., сключен с Д. „П. – Л.“, в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „И. (проектиране, извършване на строително – монтажни работи и упражняване на авторски надзор) за създаване на специализирана научно – изследователска инфраструктура в Хале 12 на учебен блок 7 на ТУ – С. за целите на Център за Върхови Постигания – УНИТе по Проект BG05M2OP001-1.001-0004”.

С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение като незаконосъобразно, тъй като административният орган в него е инкорпорирал съдържанието на писмото за констатирани нередности при възлагане на процесната обществена поръчка. Излагат се доводи, че не са налице твърдените нередности от УО. Жалбоподателят възразява и

срещу посоченото в решението, че е приложената методика за оценка на техническите предложения противоречи и е в нарушение на чл. 70, ал. 7 от ЗОП.. На следващо място оспорващият посочва, че самата обществена поръчка е била предмет на контрол от КЗК, която с решение № АКТ – 887 от 01.08.2019 г. е отхвърлила жалбата на класирания на второ място участник. Допълнително се излагат подробни аргументи по съществуващото на спора. В хода на съдебното производство – жалбоподателят редовно призован, се представлява от юрк. Р., която поддържа жалбата, предлага да се уважи и претендира разноски.

Ответникът - изпълнителният директор на ИА „ОП“НОИР“ и ръководител на управляващия орган на ОП НОИР, редовно призован, се представлява от юрк. К., който оспорва жалбата, предлага да не се уважава, депозира писмено становище и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованите страни – СУ „Св. К. О.“, ШУ „Епископ К. П.“, РУ „А. К.“ и Университет „ПРОФЕСОР ДОКТОР А. З. – Б.“, редовно призовани, не се представляват и не взимат становище по жалбата.

Съдът, като взе предвид представените по делото доказателства и становищата на страните, приема за установено следното от фактическа и правна страна:

От данните по делото се установява, че жалбоподателят заедно със СУ „Св. К. О.“, Бургаски университет „Проф. д-р А. З.“, Шуменски университет „Еп. К. П.“ и Русенски университет „А. К.“ е кандидатствал по процедура BG05M2OP001 – 1.001 „Изграждане и развитие на центрове за върховни постижения“ по приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“. В резултат е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001 – 1.001 – 0004 „Университети за наука, информатика и технологии в е – обществото (УНИТе)“. Максималният размер на общо допустимите разходи по проекта възлизат на 29 781 882,42 лв.

В изпълнение на задълженията си по договора, жалбоподателят е провел открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „И. (проектиране, извършване на строително – монтажни работи и упражняване на авторски надзор) за създаване на специализирана научно – изследователска инфраструктура в Хале 12 на учебен блок 7 на Технически университет – С. за целите на Център за Върхови постижения – УНИТе по Проект BG05M2OP001 – 1.001 – 0004“. Въз основа на която е сключен Договор № 3 – 92 от 12.09.2019 г. на стойност 2 539 655,00 лв. без ДДС с изпълнител Д. „Проектстрок – Л.“.

По делото не се спори за начина на провеждане на обществената поръчка.

Административното производство е започнало по повод на подаден пакет отчетни документи № 6 от 02.12.2019 г. При проверката и анализа на представените документи е установено, че са налице нарушения, които водят до нарушаване на принципа на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. Във връзка с констатираните нарушения, ответникът е изпратил писмо до жалбоподателя и заинтересованите страни по делото за констатирани нередности при възлагане на обществени поръчки по проект BG05M2OP001 – 1.001 – 0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е – обществото“.

Жалбоподателят е депозирал Възражение срещу твърденията за констатирани нарушения при възлагането на процесната поръчка.

Въз основа на проведената административна процедура по проверката е постановен обжалваният в настоящото производство административен акт: решение № 80811 -

210 от 13.04.2020 г на изпълнителния директор на ИА ОП „НОИР“ и ръководител на УО на ОП НОИР, с което е определил финансова корекция в размер на 5 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенифициента за възстановяване) по Договор № 3 – 92 от 12.09.2019 г., сключен с Д. „П. – Л.“ на стойност 2 539 655,00 лв. без ДДС, съответно 3 047 586,00 лв. с ДДС, като максималната стойност на финансовата корекция е 152 379,30 лв.

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 8 –ми състав направи следните правни изводи:

Оспореното решение е връчено на 13.04.2020 г. на жалбоподателя, видно от приетото по делото извлечение от ИСУН 2020 (л. 89). Жалбата е подадена на 27.04.2020 г. чрез административния орган до съда от надлежна страна имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Съобразно разпоредбата на чл. 168, ал.1 от АПК, съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Във връзка с установяване компетентността на лицето, издало обжалвания акт, следва да се посочи, че по силата на чл. 4, ал.1 и чл. 6, т.1 от Устройствения правилник на ИА „ОП НОИР“ (л. 392 – 401), Изпълнителна агенция „Оперативна програма „наука и образование за интелигентен растеж“ изпълнява функциите на управляващ орган на ОП „НОИР 2014 – 2020 г., а изпълнителният ѝ директор е ръководител на УО на ОП НОИР.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, 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 ЗУСЕСИФ, От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл.59 ал.2 т.4 от АПК.

Нормата на чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ урежда процедурата 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 /"бенефициерът"/ доказателства и направените от него възражения. По делото е установено, че на жалбоподателя е предоставена възможност (в двуседмичен срок от датата на уведомяване) да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, както и да приложи необходимите доказателства. Същият надлежно се е възползвал от това право и възраженията му са обсъдени при издаването на оспорения административен акт.

Въз основа на доказателствата по делото и гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати

съществени нарушения на административно производствените правила.

Съгласно чл. 69 ал.1 от ЗУСЕСИФ Управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Според ал.2 от същия член, процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай процедурата по администриране на нередност е започнала по сигнал за нередност.

Съгласно чл.70 ал.1 т.9 (в приложимата му редакция към датата на издаване на акта) от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата на ЕСИФ.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013г. 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 неправилен 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. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административният орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от жалбоподателя по проведената открита процедура за възлагане на 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.

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 – Решение № 80811 - 210 от 13.04.2020 г. на изпълнителния директор и ръководител на УО на НОИР 2014 – 2020 г. са установени следните нарушения, както следва: 1. Незаконосъобразна методика за оценка на офертите. В част III „Критерий и оценка на офертите“ бенифициерът е определил критерий за възлагане „икономически най – изгодна оферта“, съдържащ качествени показатели – количествено неопределими, които се оценяват с конкретна стойност от комисията чрез експертна оценка/показател Т – Оценка на техническото предложение? И количествено определими показатели, стойностите на които се определят в цифри /показател Ф – Финансова оценка, предвиждаща оценка на частта от офертата, съдържаща се в ценовото предложение/.

Настоящият съдебен състав изцяло споделя анализа на ответника, че в методиката за оценка са включени компоненти, за които не са налице указания за присъждане на брой точки за съответното ниво на представянето им, което ограничава възможността да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите в частта организация на персонала, на който са възложени дейности по проектиране/авторски надзор и строителство. Въведената методика предполага получаването на технически предложения с различни мерки, способности, методи и резултати, включени по преценка на участниците, което води до невъзможност за съпоставяне и сравнение на офертите и точното и обективно оценяване и е в нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП.

Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че е налице „конкретна скала на оценяване, която съдържа и яснота за правилата, по които ще бъде извършвана оценката“, тъй като същата е в противоречие с чл. 70, ал. 7, т. 3, буква „б“ от ЗОП, поради факта, че не предоставя указания как ще оценява комисията всички условия и обстоятелства, в кои случаи ще приеме, че липсва последователност и връзка между дейностите или част от тях, и какви конкретни стойности ще присъжда във всичките тези хипотези.

Нормативната регламентация на чл. 70, ал. 7 на ЗОП налага извода, че законодателят е въвел императивно изискване методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, което гарантира запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които да предложи оферта, целяща най-добро класиране. УО счита, че подпоказателя трябва да е с точна формулировка и съдържание и с оглед степента на съответствие да са определени стриктни указания за тяхното оценяване.

Правилно УО е приел, че за допуснатото нарушение следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия Договор № 3-92 / 12.09.2019 г. с изпълнител Д. „П. - Л.“ на стойност 2 539 655,00 лв. без ДДС, сключен в резултат на проведена процедура за избор на изпълнител с предмет „И. (проектиране, извършване на строително-монтажни работи и упражняване на авторски надзор) за създаване на специализирана научно-изследователска инфраструктура в Хале 12 на учебен блок 7 на Технически университет - С. за целите на Център за Върхови Постигания - УНИТЕ

по Проект BC05M2OP001-1.001-0004", финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж" 2014-2020".

2. Използване на критерии за подбор като показател за оценка – Одобрената от жалбоподателя методика за оценка, в частта по показател Т „Техническа оценка”, съдържаща подпоказател Т2 – „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейностите по проектиране и авторски надзор”, който е определен за противоречащ на чл. 70, ал.12 ЗОП. Този подпоказател представлява експертна оценка на комисията по отношение на състава, професионалната квалификация и опит на персонала за изпълнение на предмета на поръчката, в съответствие с техническите спецификации и целите на проекта. В Методиката за оценка се предвижда по подпоказател „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по проектиране и авторски надзор”, предложената професионална компетентност на експерта да бъде оценявана от гледна точка наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения. Съгласно Методиката определянето на индивидуалните оценки за професионална компетентност на персонала на позиции от Е1 до Е14 се поставят следните оценки: 1. Оценка за професионален опит (при професионален опит от 3 до 5 години се присъжда 1 точка (за позиции Е1 и Е11 – 3 точки); при професионален опит над 5 години се присъждат 2 точки (за позиции Е1 и Е11 – 5 точки) и 2. Притежаван специфичен опит (при участие в екип за изработване на проект/за изпълнение на СМР/на един обект сходен с предмета на поръчката – 1 точка (за позиции Е1 и Е11 – 3 точки) и при участие в екип за изработване на проект за изпълнение на СМР за повече от един обект сходен с предмета на поръчката – 3 точки (за позиции Е1 и Е11 – 5 точки)).

Правилно УО е установил, че жалбоподателят е включил „скрити” критерии за подбор в показателите за оценка, чрез които са отстранени участници в процедурата на основания, изведени и описани в методика за оценка. Тези скрити в методиката критерии за подбор са довели до отстраняване на две от получените оферти, с което е ограничен състезателният характер в процедурата и е нарушен принципа на свободна конкуренция и е възпрепятствано постигането на целта - възлагането на поръчката на участника, предоставил икономически най-изгодната оферта. Видно от определените условия за оценка на подпоказател Т2 „Професионална компетентност на персонала за изпълнение на дейности по проектиране и авторски надзор" във всеки ред от методиката, за всяка от позициите от Е1 до Е14, допълнително са вмъкнати „скрити" критерии за подбор, на които са подложени персоналите за проектиране и авторски надзор и персоналите за изпълнение на дейностите по строителство в етапа на определяне на индивидуалните им оценки за професионална компетентност.

Жалбоподателят не излага аргументи по същество за скритите условия в методиката за подбор, а разписва текста на чл. 70, ал. 6, изр. 2 от ЗОП, с който се разрешава определяне на минимални и максимални стойности за количествените показатели, но които не оправдават действието му по

отношение на извършения подбор по време на оценка на техническите предложения по подпоказател T2 и отстраняването на този етап на двама от оферентите, тъй като са представили технически предложения, в които определени експерти не притежават изискуемия от възложителя специфичен опит, с което съответната им оферта не отговаря на предварително обявените условия на възложителя съгласно чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП.

Допускайки нарушение на чл. 70, ал. 12 от ЗОП (обн. ДВ, бр. 80 от 28.09.2018 г., в сила от 28.09.2018 г.), възложителят е създал предпоставка за отстраняване на участници, ликвидиране на състезателния характер и конкуренцията при отваряне на ценовите предложения, като по този начин намалява възможността за постигане на най-изгодна за бюджета цена.

На следващо място несъстоятелно е възражението, свързано с текста на т. 94 от преамбюла на Директива 2014/24/ЕС, доколкото по смисъла на т. 1 от същата директива поставянето на организацията, квалификацията и опита на персонала като критерий за подбор във всички случаи следва да бъде съобразено с произтичащите от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) принцип за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция при възлагането на обществените поръчки. Посочените принципи са въведени в националната ни правна рамка с разпоредбата на чл. 2, ал.1 от ЗОП и са задължителни за възложителите на обществени поръчки. С аргумента, че методиката съдържа яснота за правилата, по които ще бъде извършена оценката, като напомня, че решението за откриване не е обжалвано, оспорващият оспорва констатираната от УО нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Неоснователен е аргументът на жалбоподателя, че щом решението за откриване на процедурата и методиката не са били обект на оспорване от потенциални оференти и участници, този факт автоматично квалифицира методиката като законосъобразна и отменя задължението за осъществяване на контрол на обществени поръчки, финансирани с европейски средства. Оспорването на решение за откриване на обществена поръчка е възможност за заинтересованите лица, но неизползването на същата не гарантира законосъобразност и правилност на заложените изисквания, условия и критерии за подбор и възлагане. Следователно приложената методика за оценка противоречи на чл. 70, ал. 12 от ЗОП и е в нарушение на чл. 2, ал. 1, точки 1 и 2 от ЗОП. Следователно правилно е прието от ответника, че е налице нарушение, което представлява нередност по смисъла на чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, за която следва да бъде определена финансова корекция.

Нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но

ограничават достъпа на кандидатите или участниците", от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от 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 ПМС № 57/28.03.2017 г. (изм. ДВ. бр. 67 от 23 август 2019 г.). За описаната нередност при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП (каквато е разглежданата поръчка) е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия договор.

При определяне на конкретното основание и размер на финансовата корекция за нередността и квалификацията ѝ по отделните хипотези на т. 11 (букви „а“, „б“, „в“ или „г“), УО е изложил съответните доводи, които се споделят от настоящия съдебен състав.

С оглед изложеното, настоящият съдебен състав приема, че правилно са установени нарушенията по т. 1 и т. 2, представляващи нередност по т. 11, б. „б“ към 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“.

Въз основа на изложените мотиви, съдът прави извод, че оспореният акт, е законосъобразен и следва жалбата да бъде отхвърлена.

При този изход на спора, следва да се уважи искането на ответника да се осъди жалбоподателя да му заплати сторените по делото разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100,00 лв.

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 8 - ми състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Технически университет – С. срещу решение № 80811 - 210 от 13.04.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 (ОП „НОИР“) за определяне на финансова корекция

ОСЪЖДА Технически университет – С. да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сумата от 100,00 лв., представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено

СЪДИЯ:

