

РЕШЕНИЕ

№ 1217

гр. София, 21.02.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,
в публично заседание на 21.01.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Анета Юргакиева

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **11934** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба от Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ при БАН, представлявано от директора доц. А. И., подадена чрез адвокат М. Н., срещу Решение № 80811–724/01.10.2019г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по договор № ЗОП 3/25.01.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 366 400 лева без ДДС.

Като основание за незаконосъобразност на оспореното решение в жалбата се сочи неспазване на установената форма поради липса на мотиви, съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Жалбоподателят поддържа, че не е налице нередност и няма основание за налагане на финансовата корекция. Изразява несъгласие с констатациите за извършени нарушения при възлагането на обществената поръчка и развива подробни доводи в подкрепа на тезата си. Поддържа, като се позовава на практика на КЗК и ВАС, че въвеждането на подлежащите на оценка обстоятелства не представлява оценяване по пълнота и начин на представяне на информацията, а

представлява обективно оценяване на техническите предложения на участниците чрез използване на обективни критерии. Жалбоподателят възразява срещу квалификацията на нередността, тъй като счита, че изведеното от УО нарушение не попада нито в разписаното описание на нарушението по т.11 от Наредбата, нито в дадените примери за подобни случаи и че не е осъществен фактическият състав на нередност по смисъла на т.11. Твърди, че въпреки че са получени само две оферти, е осигурена конкуренция и публичност. Излага довод, че Управляващият орган е проверил и потвърдил законосъобразността на две проведени процедури със същата методика без каквито и да било забележки. Прави оплакване, че УО е утежнил положението на бенефициера, като неправилно е приложил Наредбата в редакцията ѝ след изменението, вместо да приложи наредбата в редакцията към датата на извършване на проверката, която е предвиждала по-нисък (5%) размер на корекцията. Поддържа се, че липсва вреда, която да се отразява финансово на бюджета на ЕС, и че не е обоснован определения размер на финансовата корекция. Според жалбоподателя, УО е нарушил чл.35 АПК, като не е обсъдил възраженията на бенефициера. Иска се отмяна на решението в неговата цялост. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. Н., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски.

Ответникът – изпълнителният директор на ИА НОИР и ръководител на УО по ОП НОИР, чрез процесуален представител юр. С., оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Подробни доводи излага в писмен отговор. Моли жалбата да бъде отхвърлена и претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ е водеща организация - бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 BG05M2OP001-1.002-006 за проект „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска (Q.).

В качеството си на възложител Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ е провел открита процедура по реда на ЗОП с предмет „Външни консултантски услуги по изготвяне на политики, пилотни иновационни модели, експлоатация и комерсиализация на резултати от научните изследвания и трансфер на технологии за нуждите на ЦК О. ”, в резултат на която е сключен договор № ЗОП 3/25.01.2019г. с изпълнител К. К. Г. О.,

По повод на подаден пакет отчетни документи № 4 от 17.06.2019 г. е извършена проверка на възложената обществена поръчка и сключения договор, при която е констатирано нарушение, изразяващо се в използване на критерии за възлагане, които ограничават достъпа на участниците до конкретната процедура и нарушават принципа на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Установено е, че минимално заложените изисквания от възложителя са: А) Участникът да предложи организация на работата на екипа от ключови експерти, да посочи как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с възложителя, организационни мерки и действия, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга; Б) Участникът да е представил описание на дейностите и индикативен план-график за изпълнение на поръчката.

Също така, констатирано е, че в скалата за оценка на методиката е предвидено, че техническото предложение ще надгражда минималните изисквания на възложителя, в случай, че за всяка от дейностите е показано: 1) разпределението между членовете на екипа (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача; 2) са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение и задълженията на отговорните експерти; 3) са предложени мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа; 4) са посочени начин на комуникация с възложителя и организационни мерки на персонала, доказващи ефективност на комуникацията; 5) са посочени и други организационни мерки, извън посочените в изискванията на възложителя, които ще доведат до повишаване качеството на изпълнение на поръчката.

Съгласно утвърдената методика за оценка възложителят е предвидил точките по показателя да се присъждат въз основа на шестстепенна скала за оценяване, както следва - 1, 10, 20, 30, 40 и максимални 50 точки. Предвидено е минимален брой от 1 точка да се присъжда на участник, който изпълнява минималните изисквания, посочени в буква „А“ и буква „Б“. За присъждане на 10, 20, 30, 40 или 50 точки освен покриване на минималните изисквания е предвидено предложението на участника да надгражда минималните изисквания съответно с 1, 2, 3, 4 или 5 от посочените в скалата „надграждащи“ предложението компоненти. Т.е. възложителят (респ. помощният му орган-комисията), по всяко предложение на участник, ще присъди 1 точка, ако направеното предложение изпълнява минималните изисквания на възложителя; 10 точки ако към минимално заложените изисквания е налице само едно от посочените 5 бр. „надграждащи“ компоненти, респ. 20 точки ако към минимално заложените изисквания са налице 2 от 5-те „надграждащи“ компоненти, съответно 30 т. - ако към минимално заложените изисквания са налице 3 от 5-те бр. „надграждащи“ компоненти, 40т. - при наличие на 4 „надграждащи“ компоненти и максимален брой 50 т., в случай че са налице всички посочени 5 „надграждащи“ компоненти.

Според УО, при така заложената скала за оценяване, съгласно утвърдената методика ще бъде оценявано с по-голям брой точки предложение на участник, в което организацията на работа на екипа е разписана по-подробно и детайлно (на ниво отделна задача) в сравнение с описанието на организацията на работа според минималните изисквания, съгласно които участникът следва да посочи разпределението на отговорностите и дейностите между екипа, методите за осъществяване на комуникацията с възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга. От така разписаната методика за оценка по този показател УО е направил заключение, че помощният орган на възложителя ще оценява предложенията на кандидатите именно с оглед пълнотата и начина на представяне на информацията относно организацията на изпълнението на дейностите, което е в нарушение на забраната на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Предвид това е формирал извод, че е налице нарушаване на принципите на свободна конкуренция и равнопоставеност на потенциалните участници в поръчката.

УО е изтъкнал, че съгласно чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП начинът за определяне на оценката по всеки показател трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. В гореописаната методика такава възможност не е налице, тъй като в случая в разрез с чл.33, ал.1, изр. второ от ППЗОП ще се оценява пълнотата и начина на описание на организацията на работния процес

на екипа по изпълнение на услугата, като по-голям брой точки ще бъдат присъдени за по-подробно и детайлно описание на работния процес в сравнение с описанието на организацията на работа според минималните изисквания. Като допълнителен аргумент в тази насока е изложил и възможността да се присъждат по-голям брой точки, когато „са посочени и други организационни мерки, извън посочените в изискванията на възложителя, които ще доведат до повишаване качеството на изпълнение на поръчката“ (петия надграждащ елемент). Този субективен елемент на оценяване на нещо „друго“, извън посоченото от възложителя, което по субективната преценка на всеки участник би довело до повишаване на качеството на изпълнение на поръчката, дава възможност за допълване/надграждане на техническото предложение в офертата с различни по естеството си „организационни мерки“, които могат да бъдат обективно несъпоставими с тези, посочени от другите участници, доколкото последните може да предложат други мерки, които според тяхното субективно усещане ще доведат „до повишаване качеството на изпълнение на поръчката“, т.е. налице е обективна невъзможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Това обстоятелство според УО има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, т.е. води до необосновано ограничаване на конкуренцията. В този смисъл критерият за възлагане е незаконосъобразен, а това е предпоставка за ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура и е в противоречие с принципите по ЗОП.

УО е направил заключение, че в нарушение на чл.33, ал.1, изр. второ от ППЗОП възложителят е утвърдил незаконосъобразна методика за оценка, с която необосновано е ограничил свободния достъп на икономическите оператори до участие в процедурата, в която е можело да участват и други икономически оператори, които да представят по-добри оферти. В резултат на описаното нарушение, чрез незаконосъобразна методика за оценка в документацията за участие са формулирани неправомерни критерии за възлагане, чрез които потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Приел е, че извършеното представлява нередност по т. 11, буква „а“ от Приложението към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата за посочване на нередности, 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 или участниците“.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ Ръководителят на УО на НОИР е дал възможност на бенефициента да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция, като е изпратил чрез ИСУН писмо от 04.09.2019г. за стартиране на процедура по налагане на финансова корекция.

В законоустановения срок бенефициентът е представил възражение срещу направените констатации, прието за неоснователно.

На 01.10.2019г. К. Г. - изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и ръководител на УО на ОП НОИР издал процесното Решение № 80811-724, с което на жалбоподателя Институт

по роботика „Св. А. и Е. М.“ при БАН е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор № ЗОП 3/25.01.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 366 400 лева без ДДС.

При определяне на финансовата корекция УО е приел, че поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, поради което следва да се приложи пропорционалният метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. При определяне конкретния размер на финансова корекция УО е взел предвид прогнозната стойност на поръчката, която е 375 200 лв. без ДДС и попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1, б. “б“ от ЗОП, обстоятелството, че са получени две оферти, като една от тях е отстранена на етап допустимост, както и че нередността попада в обхвата на описанието по т. 11, б. “а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от чл.6,т.1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" изпълнителният директор е ръководител на УО на НОИР. С оглед на това, процесното решение е издадено от компетентен орган.

Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила – жалбоподателят е бил уведомен за констатираното нарушение и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. Бенефициерът е упражнил това си право и възраженията му са обсъдени от административния орган. Неоснователни са оплакванията в жалбата, че административният орган не е изпълнил задължението си по чл.35 от АПК и не е обсъдил възраженията на бенефициера. Противно на твърденията в жалбата, съдът счита, че това си задължение административният орган е изпълнил надлежно, като детайлно и подробно е обсъдил възраженията на бенефициера и е изложил конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни.

Несъстоятелни са твърденията за немотивираност на оспореното решение. Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, като са изложени ясно и конкретно изводите, основани на фактическите констатации, и е направен анализ на разпоредбите, на които административният орган се е позовал.

Като правно основание за налагане на финансовата корекция административният орган е посочил чл.70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕСИФ - друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на

Министерския съвет. В настоящия случай административният орган е направил констатация за извършено нарушение на разпоредбите на чл.33, ал.1 , изр. второ от ППЗОП вр. чл. 70, ал.7, т.2 от ЗОП вр. чл. 2, ал.1,т. 2 от ЗОП, което е квалифицирал като нередност по т.11, конкретизирана в хипотезата на б. „а“, от Приложение № 1от Наредбата за посочване на нередности.

Според чл. 33, ал.1 от ППЗОП (в приложимата към процедурата редакция) възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други документи, свързани с организацията на изпълнение на дейностите, доколкото представят изпълнението в съответствие с офертата на участника и изискванията на възложителя. Пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите.

В случая УО е приел, че при определяне начина на оценка на предложенията на участниците по показател „Организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“ възложителят на практика е предвидил оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията.

За възлагане на обществената поръчка по икономически най-изгодната оферта е използван критерият "оптимално съотношение качество/цена" по смисъла на чл.70, ал.2,т.3 ЗОП, при равна относителна тежест на всеки от показателите - техническа оценка (50%) и финансова оценка (50%). Съгласно чл.70, ал.4,т.2 от ЗОП показателите, включени в критерия по ал. 2, т. 3, могат да съдържат организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката.

В случая възложителят е посочил, че техническата оценка на офертата представлява оценка на качеството на офертата въз основа на организацията и професионалната компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката. Възложителят е дефинирал като минимални изисквания участникът да предложи организация на работата на екипа от ключови експерти, да посочи как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с възложителя, организационни мерки и действия, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга, както и да е представил описание на дейностите и индикативен план-график за изпълнение на поръчката.

Съобразно скалата за оценка, минимален брой от 1 точка се присъжда на участник, който изпълнява минималните изисквания, а максималният брой точки се присъждат, когато освен минималните изисквания са изпълнени и всичките 5 допълнителни компонента: 1) разпределението между членовете на екипа (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, 2) за всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение и задълженията на отговорните експерти; 3) предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката; 4) посочени са начин на комуникация с възложителя и организационни мерки на персонала, доказващи ефективност на комуникацията и 5) са посочени и други организационни мерки, извън посочените в изискванията на възложителя, които ще доведат до повишаване

качеството на изпълнение на поръчката. Така 10 точки ще получи кандидат, ако минимално заложените изисквания са надградени само с един от посочените 5 компонента, 20 точки - ако са налице 2 от 5-те компонента, съответно 30 т. - при 3 от компонентите, съответно 40т. и 50 т.- при наличие на 4 или всички посочени 5 надграждащи компоненти.

По същество спорният по делото въпрос се свежда до това дали с оглед на така установените надграждащи компоненти и предвидената скала за оценка се стига до оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията. Според съда, отговорът на този въпрос е положителен.

На първо място, видно е, че чрез заложената скала се оценяват с повече точки офертите, в които са разписани повече на брой от допълнителните обстоятелства, следователно оценява се пълнотата на офертата. Налага се изводът, че степента на съответствие на офертата спрямо изискванията на възложителя се преценява според степента на пълнота на информацията, при което колкото по-пълна е офертата, толкова по-висока е степента ѝ на съответствие.

На второ място, посочените допълнителни критерии (разпределението на задачите между членовете на екипа, дефинирането на необходимите ресурси за нейното изпълнение и задълженията на отговорните експерти, предложените мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа, начин на комуникация с възложителя и организационни мерки на персонала) касаят пряко и поясняват самите минимални изисквания на възложителя, съгласно които участникът следва да предложи организация на работата на екипа от ключови експерти, да посочи как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с възложителя, организационни мерки и действия, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти. На практика обстоятелствата, за които ще се присъждат допълнителни точки, представляват същината на едното от двете минимални изисквания, тъй като предмет на оценка все е организацията на работния процес на екипа по изпълнение на услугата. Така посочените като допълнителни 5 обстоятелства не надграждат, а всъщност са едно по-конкретно и детайлизирано описание на минималните изисквания. С оглед на това оценяването, поставено в зависимост от броя на описаните допълнителни обстоятелства, представлява по същество оценка на пълнотата и начина на представяне на информацията, както обосновано е приел Ръководителят на УО.

На следващо място обоснован е изводът на административния орган за нарушение на чл.70, ал.7, т.2 от ЗОП. Според посочената разпоредба, в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като начинът трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. В случая са налице предпоставки за необоснован субективизъм при преценката дали са изпълнени допълнителните обстоятелства по т. 3 и 5 - "предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката", и "посочени са и други организационни мерки, извън посочените в изискванията на възложителя, които ще доведат до

повишаване качеството на изпълнение на поръчката". Въпросът дали предложените мерки гарантират качествено изпълнение на поръчката и какви други организационни мерки, извън посочените в изискванията на възложителя, биха довели до повишаване качеството на изпълнение на поръчката, е въпрос на субективна интерпретация и нееднозначно тълкуване, което не позволява офертите да бъдат сравнени и оценени обективно. Липсата на гаранции относно възможността да бъдат обективно сравнени и оценени техническите предложения в офертите несъмнено има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници, а това води до необосновано ограничаване на конкуренцията.

Предвид изложеното, съдът намира за установено и доказано нарушението на чл. 33, ал.1 от ППЗОП вр. чл. 70, ал.7, т.2 от ЗОП във р. с чл.2, ал.1,т.2 от ЗОП. Същото е правилно квалифицирано като нередност по т.11 от Наредбата за посочване на нередности - „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 на Наредбата за посочване на нередности. Нередността в случая попада в хипотезата на б. „а“ от т.11, тъй като нарушението се изразява в използването на незаконосъобразна методика за оценка и критерии за възлагане, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Доколкото не може да се направи точно количествено изчисление на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, обосновано административният орган е приложил пропорционалния метод за определяне на финансовата корекция. В случая финансовата корекция е определена в предвидения за съответната нередност размер от 10 на сто, за което Ръководителят на УО е изложил ясни, конкретни и достатъчно убедителни мотиви .

Правилно е определена и основата, върху която се налага финансовата корекция - спрямо стойността на поисканите за възстановяване допустими разходи по сключения в резултат на обществената поръчка договор.

Крайният извод на съда е, че оспореното Решение № 80811–724/01.10.2019г., издадено от Ръководителя на УО на ОП НОИР, е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора следва да бъде уважена претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение следва да бъде уважена за сумата от 100 лева.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд София - град, III–то отделение, 51-ви състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ при БАН срещу Решение № 80811–724/01.10.2019г., издадено от Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за

интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по договор № ЗОП 3/25.01.2019г. с изпълнител [фирма], на стойност 366 400 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ при БАН да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: