

РЕШЕНИЕ

№ 476

гр. София, 23.01.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 09.01.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елица Райковска

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **13259** по описа за **2019** 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 вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Институт по роботика Св. Апостол и Евангелист М.-БАН срещу решение № P01-29/28.10.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г. Моли решението да бъде отменено. Претендира разноски, представя списък /л. 224/.

Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Претендира разноски. Представя подробни писмени бележки /л. 225/, както и допълнителни такива.

Заинтересованите страни /ЗС/ Институт по металознание, съоръжения и технологии с център по хидро и аеродинамика А.. А. Б.; ВВМУ Н. Й. В. – [населено място]; Национален военен университет В. Л. Гр. В. Т.; Технически университет – Г.; Институт за ядрени изследвания и ядрена енергетика; както и Сдружение Съвременни летателни технологии не взимат становище.

ЗС Софийски университет Св. К. О. моли жалбата да бъде уважена.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Между страните е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /ДБФП/ по Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж /ОП НОИР/ (л. 148), по който жалбоподателят е

водеща организация и заедно със ЗС е бенефициент.

Жалбоподателят е обявил обществена поръчка на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП на 05.09.2018 /л. 121/ с предмет: юридически услуги по разработване на документация за провеждане на обществени поръчки /ОП/ във връзка със строителството и въвеждане на строежите в експлоатация. В. е изготвил документация за участие в ОП /л. 125/, в която са заложили и критериите за подбор и за възлагане.

Проведена е ОП, назначена е комисия /л. 82/, приети са оферти /л. 86/, изготвени са протоколи от дейността на комисията /л. 87/.

На 11.10.2018 г. /л. 68/ е сключен договор с класирания на 1во място участник – Адвокатско дружество Зарева и З..

С писмо от 22.08.2019 г. /л 57/ ответникът е уведомил жалбоподателя и ЗС за допуснати нередности, като е дал възможност за възражения в 2-седмичен срок.

Такива са постъпили на 04.09.2019 г. /л. 34/.

На 24.09.2019 г. и във връзка с обнародвани изменения в 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 /Наредба за нередностите/, ответникът е стартирал нова процедура по установяване на нередности /л. 26/, като е дал нов срок за писмени възражения. Такива не са постъпили.

На 28.10.2019 г. е издадено атакуваното решение /л. 16/, с което е прието, че одобрената от възложителя методика за оценка, в частта по показател „Организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“, противоречи на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, с което бил нарушен принципът на свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Прието е, че нарушението съставлява нередност по т.11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, поради което е определена ФК в размер на 5% от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по сключения договор № 8/11.10.2018 г. с Адвокатско дружество Зарева и З. на стойност 33 333,33 лева без ДДС.

Представени са доказателства за компетентност на органа, издал атакувания административен акт /л. 206/.

От правна страна съдът намира следното:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела С-260/2014 г. и С-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014-2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава 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.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета 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 за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Цитираната Наредба е съществено изменена, считано от 23.08.2019 г., поради което и извършеното от жалбоподателя нарушение, съставляващо нередност, е квалифицирано като такова по т.11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, в редакцията ѝ след изменението. Настоящият състав намира, че приложима към констатираното от ответника нарушение, за което се твърди да съставлява нередност, е именно Наредбата за нередностите, в редакцията след изменението ѝ, в сила от 23.08.2019 г. Това следва от разпоредбата на чл. 142, ал. 1 от АПК, доколкото административният акт следва да съответства на действащите към датата на издаването му материално-правни разпоредби. Още повече, че макар задължението за връщане на облага, недължимо получена чрез нередност, да не съставлява санкция, а последица от установяването, че условията, необходими за получаване на облагата не са били спазени /така т. 50 от цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14/, такава последица не би могла да настъпи, ако към датата на

издаване на акта за установяване на нередност и определяне на ФК, нарушението вече не съставлява нередност /поради изменение на нормативната уредба/, респ. действащата нормативна уредба не предвижда ФК за извършеното нарушение.

В горния смисъл е и т. 3 от диспозитива на цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14, както и т. 37 от решение на СЕС по дело С-89/14.

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ. Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 4, ал. 1 и чл. 6, ал. 1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция ОП НОИР и с оглед представената заповед /л. 206/, от която е видно, че К. Г. заема длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП НОИР.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок, включително и повторно, след обнародваните изменения в Наредбата за нередности.

Относно материалната законосъобразност на атакувания акт:

Съгл. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /посочен като основание за издаване на атакуваното решение – л. 23/ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

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

В своето решение административният орган е посочил, че в Методиката за оценка е предвидено, че техническото предложение ще надгражда минималните изисквания на възложителя в случай, че за всяка от дейностите е показано: 1/ описани задачи, които е необходимо да се изпълняват от страна на персонала на участника за качествено и срочно изпълнение на възложените услуги; 2/ дефиниран необходимия човешки ресурс за нейното изпълнение и задълженията на отговорните експерти, за тяхното изпълнение и отговорните за изпълнението; 3/ описан контрол върху изпълнението на отделните задачи и отчитането на резултатите; 4/ посочени организационни мерки. Същевременно е приел, че четирите надграждащи обстоятелства са включени към минимално заложените от възложителя изисквания, а именно: а/ Участникът да е предложил организация на работата на персонала и как се разпределят отговорностите и дейностите между тях; б/ участникът да е предложил начин на комуникация с възложителя и организационни мерки при персонала, доказващи ефективността на комуникацията. По този начин според административния орган се е стигнало до оценяване пълнотата и начина на представяне на информацията в документите, което

било в противоречие на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Съгл. т. 1 от Критериите за възлагане /л. 139/ ОП се възлага въз основа на икономически най-изгодната оферта. Следователно приложима в случая е разпоредбата на чл. 70 от ЗОП. Показателите за оценка на офертата са техническа /ТО/ и финансова /ФО/ (л. 140). Вписано е, че чрез показателя ТО „Организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“ се оценява предложената система за организацията и ефективното управление на човешките ресурси, ангажирани в изпълнението на работите, предмет на ОП, като са посочени съответните точки. Действително, както е констатирано от Ръководителя на УО, 20 точки получава оферта, която съдържа цитираните по-горе букви „а“ и „б“ кумулативно с четирите обстоятелства по т. 1-4 /л. 144/, посочени в предходния параграф. Въпросът е, дали така формулираните параметри по ТО се отнасят до пълнотата и начина на представяне на документите.

АССГ не споделя изводите на административния орган.

На първо място надграждащите елементи, наличието на които е основание за начисляване на повече точки по ТО, не се отнасят до пълнотата и начина на представяне на информацията в документите, а същите имат отношение към начина на изпълнение на задачите по ОП – така по т. 1 в скоби е дадено пояснение, което има отношение именно към изпълнението, а не към съдържанието на документите, тъй като се отнася до проследяване на изпълнението от един/група експерти чрез ясно дефинирани начало и край и измерими резултати. Аналогичен е подходът и в т. 4 /л. 145/. На следващо място, съгл. чл. 70, ал. 2 от ЗОП икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на един от следните критерии за възлагане, посочени в т.1-3, като в т. 3 като критерий е заложено оптималното съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка. Съгл. ал. 4, т.2 на цитираната разпоредба 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. Случаят е именно такъв, доколкото предметът на ОП са юридически услуги, т.е. персоналет е най-важният елемент за качественото изпълнение на ОП. Следователно не се касае до пълнота на информацията във въпросните Критерии за възлагане, а до показатели, които са в съответствие с цитираните разпоредби на чл. 70 от ЗОП. Начинът за определяне на оценката по всеки показател е в съответствие с чл. 70, ал. 7 от ЗОП, тъй като дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; както и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

Посредством въведените критерии са зададени точно определени изисквания и характеристики, които се оценяват според степента на съответствие с изискванията на възложителя. Правилата за оценяване са валидни за всички потенциални участници, поради и което не е допуснато нарушение при одобряване на Критериите за възлагане и определяне на начина на оценяване, респ. не е налице нарушение на чл. 2, т. 2 от ЗОП, а именно на свободната конкуренция. В. е спазил изискването на чл. 70, ал. 7, т. 3, б. "б" ЗОП, като е посочил ясно начина за оценяване офертите на участниците по

посочения показател ТО с конкретни стойности.

В горния смисъл са например Решение № 13596 от 7.11.2018 г. на ВАС по адм. д. № 9073/2018 г., Решение № 2088 от 13.02.2019 г. на ВАС по адм. д. № 6557/2018 г. и др.

Не е налице твърдяното от административния орган съвпадение на т. 1-4 с посочените по-горе букви „а“ и „б“, тъй като се касае за различни изисквания на възложителя, необходими, за да се прецени професионалната компетентност на персонала на кандидата и вътрешната организация на дейността му, относима към предмета на ОП. С оглед на изложеното АССГ намира, че не е допуснато твърдяното нарушение, поради което атакуваното решение подлежи на отмяна.

За пълнота на мотивите съдът намира, че административният акт подлежи на отмяна и на други основания. В оспореното решение е вписано, че е налице одобрена методика за оценка, която противоречи на чл. 33 от ППЗОП. В случая, видно от документите, вкл. и допълнително изискваните от съда съгл. разпореждането за насрочване /л. 186/ методиката за оценка не е самостоятелен документ и всъщност констатираните от Ръководителя на УО нарушения касаят Критериите за възлагане /л. 139 и допълнително представени в изпълнение на разпореждането на съда – л. 207/. Следователно, административният орган следваше да направи привръзка с чл. 70 от ЗОП, като посочи кое изискване на чл. 70 от ЗОП не е изпълнено посредством твърдяното от него нарушение, респ. на кое изискване на чл. 70, ал. 7 от ЗОП не съответства методиката за оценка, което не е сторено. Посоченото обстоятелство е самостоятелно основание за отмяна на решението за определяне на ФК. По какъв начин твърдяното нарушение е довело до възпрепятстване на евентуални участници също остава неясно, следователно недоказано и необосновано се явява вмененото на бенефициента нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

След като не е налице соченото от административния орган нарушение на ППЗОП, то съдът намира, че не е налице нарушение и на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта съгл. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, а оттам следва, че не е осъществена нередност по см. на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г., респ. по т. 11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередности. Атакуваното решение като незаконосъобразно следва да бъде отменено.

При този изход на спора в тежест на ответника остават направените от него разноски. Жалбоподателят претендира разноски за адвокатско възнаграждение и с оглед представените доказателства за заплащане на сумата от 360 лева /л. 223/ ответникът следва да бъде осъден да му ги заплати.

Водим от горното АССГ

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Институт по роботика Св. Апостол и Евангелист М.-БАН решение № P01-29/28.10.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция в размер на 5% от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по сключения договор № 8/11.10.2018 г. с Адвокатско дружество Зарева и З. на

стойност 33 333,33 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Министерството на образованието и културата да заплати на Института по роботика Св. Апостол и Евангелист М.-БАН направените по делото разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 360 лева.

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

СЪДИЯ: