

РЕШЕНИЕ

№ 2922

гр. София, 30.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,
в публично заседание на 15.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Искра Гърбелова

при участието на секретаря Грета Грозданова, като разгледа дело номер **841** по описа за **2024** 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 фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ, загл. изм. в сила от 01.07.2022 г.) вр. чл. 145 и сл. АПК.

Образувано по жалба на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], чрез адв. Г. с посочен съдебен адрес: [населено място], [улица], № 136, ет. 3, ап. 3 срещу Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5881 от 07.12.2023г. на зам. изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“, с което на основание чл. 20а, ал. 2 от Закона за подпомагане на земеделските производители /ЗПЗП/, чл. 73, ал. 1 във вр. с чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, 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 ЗУСЕФСУ /Наредбата/ за нарушение на изискванията по чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2, т. 3 б. „б“ от Закона за обществените поръчки /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 точка 11, буква а) на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е наложена финансовата корекция в размер на 10 % 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 2 169 755,39 (два милиона сто шестдесет и девет хиляди седемстотин петдесет и пет лева и тридесет и девет

стотинки) лв. без ДДС.

В сезиращата съда жалба се излагат основания за незаконосъобразност на оспореният акт, като се твърди, че от методиката за оценка и противно на възприетото е видно, че оценяването и класирането на офертите по обществената поръчка /ОП/ се извършва по критерия за възлагане „оптимално съотношение качество/цена“ по смисъла на чл.70 ал.2 т.3 ЗОП а класирането е на база получената „комплексна оценка“, която представлява сбор от индивидуални оценки по конкретни показатели. В случая двата показателя са Технически показател/максимален брой 70 т., формиращ се от два подпоказателя със съответен максимален брой точки/ и финансов показател /максимален брой 30 т./. Твърди се, че във връзка с всички показатели в частност подпоказател „подход за изпълнение предмета на поръчката“ възложителя ясно е конкретизирал в кои случаи ще се приеме наличие на надграждащи условия и същите са обективирани в Таблица 2 към документацията. В тази връзка чл.70 ал. 7 т. 3 б. “б“ ЗОП допуска оценка на подадените оферти не само в количествен но и в качествен аспект. Така разписаната документация създава яснота за участника относно броя точки които ще получи и същевременно дава възможност на помощната комисия да прецени колко точки следва да се присъдят на съответния кандидат. В този смисъл не е налице ограничения на достъпа на участници в процедурата, обстоятелство, което се потвърждава и от подадените 157 оферти за участие. Чрез референция към решение № 10716/07.11.2023г. на ВАС твърди, че липсата на нарушение на чл.70 ал.7 т.2 и т.3 б. “б“ от ЗОП не води до извършена нередност по Приложение № 1 към чл.2 ал.1 Наредбата за посочване на нередности и да бъде основание за налагане на ФК по ЗУСЕФСУ.

Жалбоподателят твърди, че в оспореното решение са направени грешни изводи относно надграждащите условия, като според него смисълът на първото надграждащо условие е не възложителят да определи кои моменти счита за важни за изпълнението, а участникът, на база на своят опит и експертиза да определи кои са те, респ. кои влияят в най-висока степен на изпълнението на изискванията, кои фактори го обуславят като такива и как ще обезпечи изпълнението им на базата на изходните данни с които разполага. Наличието на обективни ключови моменти и адекватни действия спрямо тях е допълнителна гаранция, че участникът обективно е анализирал обстоятелствата, оценил е спецификата и е подготвен за ефективното и изпълнение. В жалбата се оспорва и твърдението, че в методиката не е указано каква организация на обезпечаване ресурсите се ценят от възложителя, тъй като методиката не предвижда оценка за такава организация, а само отчита нейното наличие, затова надграждащото условие включва информация за възложителя относно това как ще бъде организирана работата по осигуряване на ресурсите – допълнително се премира цялостното планиране на строителния процес. Като неправилен се оспорва и извода, че във второто надграждащо условие липса яснота относно това, какви възможни мерки за вътрешен контрол следва да опишат участниците, така че да осигурят вътрешен контрол при изпълнение на поръчката. Твърди, че възложителят не е посочил, че ще оценява мерки за вътрешен контрол, тъй като не може да налага такава система в структурата на участника, нито да определя правила за създаването и. За него е важно принципно дали съответния участник предвижда съответни мерки. Оспорва се и твърдението във връзка с третото надграждащо условие във връзка с липсата на разяснение на понятието „допълнителни мерки“ и с какво това понятие се отличава от „общите мерки“, към които е въведено същото. Твърди се, че този подход е

манипулативен, като видно от т.4 на Таблица №1 от документацията са поставени изисквания за идентификация на базовите мерки а в третото надграждащо условие е посочено – допълнителни мерки, извън базово идентифицираните от възложителя, като минимално необходими, касаещи екологичните характеристики, а именно – намаляване негативното въздействие на изпълнението върху околната среда. Т.е. допълнителните мерки се отличават от базовите. Успоредно с това възложителят е посочил какво следва да отчитат допълнителните мерки, както и компонентните които следва да съдържа вярка/предложение относно обхвата и предмета на мярката и текущо прилагане на мярката и предприемане действия в случаите на отклоняване изпълнението и. Оспорва се и извода, че техническия подпоказател подход за изпълнение на поръчката/40т./ ще вземе превес над финансовия показател/30т./, тъй като органа е пропуснал да обърне внимание, че техническия показател е формиран и от подпоказателя „срок за изпълнение“ с максимален брой 30т.,което го прави ясно измерим в числово отношение и не оставя място за субективизъм. В тази връзка няма как подпоказателя „подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой 40т. да вземе превес при наличие на два числово измерими показателя с тежест 60т. В този смисъл методиката е изготвена при спазване всички изисквания на чл.70 ал.7 от ЗОП. Претендира се допуснато нарушение на производствените правила и материалния закон, като се твърди, че в оспореният акт не са изложени фактически основания, доказващи приетото нарушение на чл.70 ал.7 т.1 и т.2 от ЗОП вр. чл.33 ППЗОП вр. чл. 2 ЗОП. Изведен е общ извод за допуснато нарушение без правното основание да е мотивирано с конкретно изискване от методиката. Наред с това и в нарушение на чл.73 ал.3 ЗУСЕФСУ не са обсъдени направените от страната възражения. Жалбоподателят счита, че не е налице нарушение на чл.70 ал. 7 от ЗОП, тъй като в методиката еднозначно са посочени начините за определяне оценката по всеки показател, което дава възможност да се оцени нивото на изпълнение предложено във всяка оферта и да се сравнят техническите предложения в офертите. Паралелно с това и по своята същност методиката следва да позволява да се избере оферта предлагаща оптимално съотношение качество/цена, поради което нейните показатели следва да се оценяват с оглед предмета, характеристиките и обема на поръчката, така както са заложили в техническата спецификацията. Поради тази прилика според жалбоподателя не винаги липсата на дефиниции е равнозначна на недостатъчно описание на критериите за възлагане и тяхната тежест, а ако действително методиката е била неясна, участниците са имали възможност да я обжалват, като в тази връзка се позовава на решения по адм. дела № 11607/2022г.,№2381/2023г.,№ 1934/2023г. и № 2531/2023г. на ВАС/. Посочено е също, че не е ясно как УО е приложил чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности /Наредбата/ като за едно единствено нарушение, респ. нередност, засягащо един и същи разход е определил финансова корекция – 10%. В предварителното съгласуване с органа не са били налице забележки по отношение предвидените изисквания при проведената и приключила съгласувателна процедура по провеждане предварителен контрол и одобрение от ДФЗ. В заключение е отправено искане за отмяна на оспореното решение и връщане на преписката с указания за правилното прилагане на закона, алтернативно е отправено искане за намаляване на финансовата корекция. Ответникът – заместник изпълнителен директор на Държавен фонд „Земеделие“ /ДФЗ/ чрез процесуалния си представител в представено по делото писмено становище оспорва жалбата и моли за отхвърляне на същата. Претендира

юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на претендирания от насрещната страна адвокатски хонорар.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител, не взема становище.

Административен съд София- град, след като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

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 1.12.2023г. ДФЗ е открил производство по налагане на финансова корекция на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ. Производството е открито във връзка със следните установени нарушения, допуснати от „Напоителни Системи“ ЕАД при 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”.

В предоставения в писмото срок от страна на бенефициента-възложител са направени възражения, които Р. не е приел за основателни и като следствие е установил следните нарушения:

В методиката са определени финансов показател с максимален брой точки – 30 и технически с максимален брой – 70 т., формиран от подпоказател „Подход за изпълнение предмета на поръчката“ с максимален брой 40 т. и „срок за изпълнение на СМР“ с максимален брой точки – 30 т. В таблица № 1 са посочени минималните изисквания, а в таблица № 2 от документация – надграждащи обстоятелства/три на брой/, всяко от които носи допълнителен брой точки.

По отношение на първото надграждащо обстоятелство е прието, че от указанията на възложителя не става ясно кои моменти се считат за ключови, не са дадени насоки съответно кои ще се приемат за неключови, не е ясен и механизма, по който комисията ще отчете дали посочените фактори ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката, не е ясно и как комисията ще определи дали изпълнението е ефективно. Не е указано каква организация на обезпечаване необходимите ресурси се ценят от възложителя, като основание за получаване на допълнителен брой точки. Условието е посочено от Р., чрез цитат : „за всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременно 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 техническите предложения.

В заложените на второто надграждащо обстоятелство, условия, липсва яснота относно това, какви възможни мерки за вътрешен контрол следва да опишат потенциалните участници, така, че да го осигурят при изпълнение на поръчката. Не става ясно и кои признаци ще доведат комисията до извода, че предложените конкретни технически подходи ще гарантират ефективно и навременно изпълнение на поръчката, съответно какво точно ще приеме комисията като „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 обоснована.

В третото надграждащо обстоятелство е въведено понятието „допълнителни мерки“, което не е допълнително разяснено от възложителя, като не е направена и разлика с какво тези „допълнителни мерки“ се отличават от общите, респективно липса яснота и на какви конкретни изисквания следва да отговорят те за да удовлетворят изискванията на възложителя.

На тази база е формирано заключението, че методиката за оценка не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, като указанията за определяне на оценката по всеки показател не осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката. Присъждането на оценките не е обвързано с настъпването на обективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията, като показателите за оценка дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция. Прието е, че в случая изискванията по чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП не са изпълнени от страна на възложителя, доколкото методиката не съдържа ясни критерии, по които ще се извършва оценката, съответно не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Направен е извод, че при изготвяне на методиката за оценка по обществената поръчка възложителят е допуснал нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Така допуснатото нарушение създава възможност за неравно и субективно третиране на участниците, което от своя страна винаги има разубеждаващ ефект спрямо последните. Този подход на възложителя за оценяване възпрепятства предвидимостта при оценяването на офертите на участниците, като оказва възпиращ ефект по отношение на потенциалните-участници и води до липса на информираност на заинтересованите лица за това по какъв начин да подготвят офертите си, за да получат максимален брой точки в нарушение на разпоредбите на чл. 70, л. 7, т. 3 от ЗОП. Според административния орган констатираното обстоятелство не позволява обективно оценяване на подадените технически предложения и така се нарушават принципите на прозрачност, равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Наред с това и предвид факта, че тежестта на финансовия показател е с максимален брой 30т., то незаконосъобразно заложения подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой 40т. ще вземе превес при класирането на участниците, с което няма да бъде изпълнена и заложената цел – избиране на икономически най-изгодната оферта в съотношение качество/цена.

В заключение е посочено, че естеството на нарушението не позволява да се установи точния размер на финансова загуба, поради което приложим е пропорционалният метод. Нарушението е съотнесено към т.11 б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата „използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т.1 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ с предвиден показател 10% от разходите които са поискани от бенефициента за възстановяване по обособена позиция № 11 „Реконструкция на мост-канал на км 9+020 и Д. под р. Луда Я.,

[община], област П., „Напоителни системи” ЕАД – клон „Т.”: от поръчката.

За да определи подходящия размер на финансовата корекция ДФЗ е взел предвид, че не е налице минимално ниво на конкуренция само една оферта е допусната и отговаря на критериите за подбор по ОП № 11.

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

Съдът приема, че подадената срещу решението жалба е допустима като подадена в срок, от надлежна страна и при наличие на правен интерес, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административно– производствените правила и материално- правните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

В чл. 69, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ, загл. изм. в сила от 01.07.2022 г.), е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ,(в приложимата редакция), е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съответно в § 4, ал. 1 от ДР на ЗУСЕФСУ в относимата му редакция(ДВ бр. 85 от 24.10.2017г.), се сочи, че за Програмата за развитие на селските райони, функциите на органи за управление и контрол по този закон се изпълняват от Министерството на земеделието и храните и от Държавен фонд "Земеделие". Съгласно разпоредбата на чл. 27, ал. 6 от ЗПЗП /ДВ бр. 51/2019 г., в сила от 28.06.2019 г. /, дължимостта на подлежаща на възстановяване безвъзмездна финансова помощ поради нарушение от страна на ползвателите на помощ и бенефициентите по мерките и подмерките от програмите за развитие на селските райони, което представлява основание за налагане на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 1 – 9 от ЗУСЕФСУ, се установява с издаването на решение за налагане на финансова корекция по реда на чл. 73 от същия закон. Изпълнителният директор на ДФ "Земеделие" издава решения за налагане на финансови корекции по реда на глава пета, раздел III от ЗУСЕИФ, като може да делегира със заповед тези си правомощия на заместник изпълнителните директори и на директорите на областните дирекции на фонда /чл. 20а, ал. 5 и ал. 6 от ЗПЗП/. Следователно оспореното решение за налагане на финансова корекция е издадено от материално компетентен орган, съгласно приложената по делото Заповед № 03-РД-3089/22.08.2022г. , с която на зам. изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“ са делегирани правомощия по ПРСР за периода 2014-2020 да

издава и подписва РНФК /лист 17 от делото/.

Оспореното решение е постановено и в съответствие с изискванията за форма по чл.20а ал.5 ЗПЗП вр. чл.73 ал.1 ЗУСЕФСУ и чл. 59 АПК – писмено решение, и в съответствие с изискванията за съдържание, при излагане на фактическите съображения обосновали приемане на оспореният акт и правната квалификация, под която същите са подведени, обосновала и крайният резултат. Изложени са съображения относно съставомерността на установените факти, както и относно начина, по който е определен размера на наложената корекция. В този смисъл процесното решение е в съответствие с изискванията на чл.146 т. 2 и т. 3 АПК, в която връзка следва да се добави, че е спазено и изискването на чл. 73 ал.2 ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е предоставена възможност да изложи възраженията си и да представи оборващи предварителните констатации, доказателства. Доколкото възраженията му не са приети от органа, то преценката за тяхната основателност е преценка и по съществото на настоящият съдебен спор, която съдът ще упражни.

С Решение F312684/05.01.2023 г. на изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД е открита процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Избор на изпълнители за извършване на СМР 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 2014-2020 г. по обособени позиции“. Утвърдени са и методика и документация на самата поръчка. Процесната обособена позиция № 11 е с наименование и описание - „Реконструкция на участък от Д. № 4 в землището на [населено място] село, [община] дол, „Напоителни системи“ ЕАД - клон „С. Места“. от поръчката.

Като следствие от провеждане на процедурата и с решение № РД-11-90#16/15.09.2023 г. на изпълнителния директор на „Напоителни системи“ ЕАД, за класиран на първо място участник и определен изпълнител е посочено дружеството „Аква конструктор“ ЕООД с 100 точки. Със спечелилият участник е сключен договор № Д-53-2225-186 от 30.10.2023г.

Съгласно разпоредбата на чл.70, ал.1 ЗУСЕФСУ в приложимата редакция, финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някои от лимитативно посочените правни основания. Следователно, всяко от посочените в чл.70, ал.1 ЗУСЕФСУ основания води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. Разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 4 ЗОП въвеждат императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално с принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, публичност и прозрачност.

Съгласно чл. 2, ал.2 ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените

поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

По силата на чл.70 ал.7 т. 1 и т. 2 от ЗОП в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации и да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите;

В националната съдебната практика се приема, че критериите за законосъобразност на методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател са задължителни, тъй като 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 решение № 2052 от 10.02.2020г. по адм.д. № 5299 по описа на ВАС за 2019г./.

В настоящият случай приложената по делото документация за участие в открита процедура за възлагане на обществена поръчка предвижда в Раздел IV следното: „КРИТЕРИИ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ПОРЪЧКАТА. ПОКАЗАТЕЛИ И МЕТОДИКА ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ. РАЗГЛЕЖДАНЕ, ОЦЕНКА И КЛАСИРАНЕ“, точка 2.“МЕТОДИКА И ПОКАЗАТЕЛИ ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ (приложима за всички обособени позиции)“ е определен реда за оценяване на предложенията, като КО/комплексната оценка/ от максимален брой 100 точки е равна на техническия плюс финансов показател.

Техническият показател е определен с максимален брой точки 70, формиращ се като сума от следните подпоказатели: = Т. + Т., където

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

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

От своя страна финансовият показател Ц. за изпълнение на поръчката се с максимален брой точки 30.

Относно начина за определяне на ТП е предвидено същият да се оценява с максимален брой 70 точки, формиран от съответните подпоказатели: .

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

Във връзка с посоченият подпоказател възложителят е посочил, че се оценява предложения от участника „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“. Оценката по подпоказател Т. се формира на основание предложения от всеки участник подход за изпълнение на поръчката за съответната обособена позиция и съгласно точковата система за оценяване по скалата посочена по-долу. При изготвяне на „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“, всеки участник трябва задължително да съобрази техническата спецификация, проектната документация и останалите изисквания, предвидени в документацията за участие в процедурата.

Подпоказател Т. – „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ – максимален брой точки 30 изразен като формула за изчисление $T = (TP_{\min} /$

$T_{Pci} \times 30 = \dots\dots\dots$ (брой точки), където: T_{Pmin} е най-краткият предложен срок за изпълнение на строително-монтажните работи за съответната обособената позиция съгласно Техническите предложения на допуснатите участници. T_{Pci} е предложеният срок за изпълнение на строително-монтажните работи за съответната обособената позиция съгласно Техническото предложение на съответния участник.

Относно ФП /финансовият показател/ е посочено изрично, че до оценка се допускат само оферти, които съответстват на условията за изпълнение на обществената поръчка. Оценява се предложена от участника „Обща цена с вкл. 5% за непредвидени разходи в лева без ДДС” за изпълнение на поръчката. Максимален брой точки по показателя - 30 точки.

Оценките на офертите по показателя се изчисляват по формулата: $ФП = (Ц_{Pmin} / Ц_{Pi}) \times 30 = \dots\dots\dots$ (брой точки), където :

$Ц_{Pmin}$ е най-ниската предложена цена за изпълнение на обособената позиция в лева без ДДС съгласно Ценовите предложения на допуснатите участници.

$Ц_{Pi}$ е предложената цена за изпълнение на обособената позиция в лева без ДДС съгласно Определени са 30т. като максималния брой точки по показателя.

В Таблица № 1 са посочени минималните изисквания към подпоказателя предложен подход за изпълнение на поръчката с максимален брой 25 точки, а именно: Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Процеса на комуникация и координация, контрол, Ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Изрично е посочено, че 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 някое от изброените по-долу условия, надграждащи Техническото предложение, ще получи за наличие на всяко едно условие допълнително по 5 точки за всяко едно от изброените по-долу условия.

Като следствие и в Таблица № 2 са посочени Условия, надграждащи техническото предложения, които могат да бъдат оценени с максимален брой 15 точки, образувани като сбор от по 5 максимални точки за всяко отделно предложения, а именно:

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

** За целите на настоящата методика под „задача” се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати.*

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

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

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

А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и

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

В допълнение е представено и разяснително описание относно начина на тълкуване на използваните в документацията понятия.

На тази база следва да се посочи, при ясна съпоставимост на текстовете с оглед твърдението на жалбоподателя и възприетото от Р., че така формулираните надграждащи изисквания предпоставят възможност за субективизъм при преценка на комисията, тъй като е налице неяснота относно това какво би следвало да включват в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, съответно – по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата.

В подобна хипотеза ВАС е имал възможност да посочи, че резултатът от това е неравнопоставеност на участниците – не биха могли да знаят при какви предложения ще получат най-високата оценка, а точните указания относно начина за определяне на оценката са съществен елемент от осигуряване на равнопоставеност/Решение № 2052 от 10.02.2020г.,цитирано по-горе/. Предвид факта на включени в методиката понятия с общо съдържание, позволяващи възможност за различно интерпретиране от оценителната комисия, методиката в частта на подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ действително нарушава чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3 б. "б"

ЗОП. Изискванията за "надграждане над предвидените технически спецификации и изисквания" също са субективни и при липса на конкретни указания от страна на възложителя, това би довело до свобода на интерпретацията от страна на членовете на комисията при присъждането на точки в голям диапазон. С цел гарантиране спазването на принципа на равно третиране термините, трябва да са определени точно и еднозначно както в методиката за оценка на офертите, така и в обявлението за Обществената поръчка и в Документацията за участие, така, че да позволяват на всички участници да разберат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин.

Освен това, налице е частично припокриване между минимални и надграждащи изисквания и в частност:

Изложеното в надграждащо условие 1 повтаря с други думи изложеното в т. 1 от Таблица 1 „Предложение за подхода и организация за изпълнение на обекта“, където изискването за описване на технологията, последователността и взаимовръзка на извършване на СМР, техническата спецификация и линейния график за изпълнение придружено с изискване за разделяне изпълнението на етапи по дейности и задачи съобразно организацията на участника, организация на доставка на материали, начин на складиране и влагане и контрол на качеството практически е повторено в надграждащо изискване - 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. В този смисъл надграждащо условие 1 по никакъв начин не може да се възприеме като условие различаващо се в степен на надграждане на вече заложеното минимално изискване.

Нещо повече, като се отчете и минимално изискване № 2 по таблица № 1, където е изискуемо да се посочи *„организация на работа с разпределение на ресурси/това ще рече и разпределение на задачи/ - състав, техническа обезпеченост и координация на работната ръка, които да съответстват на приложения Линеен график и диаграма на работната ръка и механизация, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс“*, като се отчете и минимално условие № 3, където се изисква *„Предложение по отношение процеса на комуникация и координация, контрол и субординация както между експертите на изпълнителя, така и между заинтересованите лица в рамките на изпълнението на поръчката“*, то се налага извода, че надграждащо условие 2 е кракът преразказ на минимални условия 1, 2 и 3 от таблица 1 на поръчката. Освен това, надграждащо условие № 2 от Таблица № 2 по същият начин преповтаря изискванията на минимални условия № 1, № 2и № 3 от таблица № 1, изискващи ясно описание на 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/какъвто всъщност е текста на надграждащо условие № 2 от Таблица № 2/.

На следващо място и във връзка с надграждащо условие № 3 от Таблица № 2 не може да се установи с какво същото следва да надгради вече въведените екологични изисквания съгласно т. 4 от минималните изисквания по Таблица № 1. Като такова условието създава предпоставки за субективизъм и липса на неясни критерии за оценяване. В минималните изисквания, възложителят е посочил, че:

Б. мерки идентифицирани като минимално необходими са:

- Недопускане на замърсяване на работните и прилежащите площи с отработени горива, масла и др. работни течности от механизацията, използвана при изпълнението предмета на поръчката;
- Намаляване запрашеността на атмосферния въздух при изпълнение на поръчката;
- Управление на генерираните строителни отпадъци в процеса на строителство;

В този смисъл и ако възложителя счита защитата на околната среда при строителството за императивно, приоритетно изискване, то той би следвало да заложи ясни и изчерпателни изисквания, на които всички участници да могат да отговорят. В обратната хипотеза се създава предпоставка за възпроизвеждане на информационни бюлетини на тема екология, където по-високо оценен ще бъде този участник, който е намерил най-богата справочна информация, което е в нарушение на изискването на чл.33 ал.1 ППЗОП регламентиращ, че пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите чл.33 ал. 1 ППЗОП. В случая по – съществено е, че без да са поставени еднакви условия за защитата на околната среда, на която база да се съобрази как и до каква степен отделните участници могат да обезпечат спазването ми, възложителят не е създал предпоставка за равнопоставено оценяване.

С оглед изложеното съдът приема, че посредством така поставените изисквания, възложителят оценява едно и също съдържание на техническото предложение на участниците като базово условие и като условие за надграждане. В този смисъл утвърдената от възложителят методика е незаконосъобразна и създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за евентуалните участници в процедурата, като не предоставя възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, респ. да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

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. Липсата на механизъм за обективна оценка води до нарушение на един от основните принципи - принципа на публичност и прозрачност. Участниците не са поставени при равни условия -

не знаят при какви свои предложения ще получат най-високата оценка. Необходимо е в методиката да се съдържа или математическа формула, или ясно и недвусмислено да се посочват стъпките, които комисията следва да спазва, като липсата на механизъм за преценка доколко ще бъде обективна комисията при поставяне на конкретни оценки, води до нарушение на принципа на публичност и прозрачност. За да бъде методиката за оценка законосъобразна, тя трябва да бъде създадена така, че при нейното прилагане да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. Правният ефект на това нарушение е свързан с ограничаване на възможността на по-широк кръг заинтересовани лица да могат предварително да преценят потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата и да се подготвят за участие в нея. Това нарушение засяга във висока степен основните принципи, които Европейския съюз защитава при отпускане и разпределяне на средства като финансова помощ - принципът на равно третиране, недискриминация на национален признак и въвеждане на задължение за прозрачност. Като такова същото отговоря на условието на чл.70 ал.7 т.1 и т.2 ЗОП квалифициращи като нарушение на закона възприемане на начин на оценяване, който не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на поръчката и техническите спецификации и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите и на изведените в чл. 2 ал. 1 от с.з. принципи.

Процесната методика макар и формално да съдържа указания за определяне на оценката по всеки показател и за определяне на комплексната оценка на офертата, по същността си е субективна. Налице е неяснота относно това какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, съответно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на "надграждането" на офертата. Следователно заложената методика за оценка е в противоречие с основните принципи в чл. 2, ал. 1 от ЗОП, в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, 2 и 3 б. "б" от ЗОП.

В допълнение е необходимо да се посочи, че въведените от възложителя надграждащи условия имат отношение към различни елементи и етапи към процеса на изпълнение. При всички случаи влиянието им върху качеството на изпълнение обективно не е равностойно, но възложителят им е присъдил равен брой точки. Оценяването на различните надграждащи условия с еднакъв брой точки не би могло да осигури оптимално съотношение качество цена.

Посоченото нарушение е квалифицирано като нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, съгласно т. 11 б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2 ал. 1 от Наредбата, която предвижда, че финансовата корекция в 10 на сто се определя, когато нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка.

Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на

Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., нередност е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.

С оглед на гореизложеното са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕФСУ и Регламент (ЕС) № 1303/2013г., т. е. фактическият състав е изпълнен: нарушение на правото на Европейския съюз - проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона (залагане на методика за оценка, която допуска неравно третиране на участниците в процедурата, с което е нарушена норма на чл. 2, ал. 1 от ЗОП); извършено чрез действие на възложителя; субект на нередността – „Напоителни системи“ ЕАД(бенефициент); вреда на общия бюджет на Европейския съюз — сумата, с която би бил ощетен бюджетът на Европейския съюз вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - разходът се извършва на базата на договор, сключен по възложена обществена поръчка в нарушение на императивна норма на ЗОП, с което необосновано се ограничава конкуренцията в процедурата, в която е можело да участват други икономически оператори, които да представят оферти с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката, което закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

С оглед горното, при определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице "доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз", като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да *"има или би имало за последица нанасянето на вреда"*. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

Провеждането на обществена поръчка, при която е допуснато нарушение - заложили ограничителни изисквания (методика за оценка, която води до неравно третиране ограничаване на конкуренцията), необосновано нарушава, както принципите, заложили в чл. 2, ал. 1 ЗОП, така и разпоредбите на ЗУСЕФСУ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., което нарушение "би имало за последица нанасянето на вреда в бюджета на Европейския съюз. Вредата е евентуална ("би имало"), а не е доказана ("има"), тъй като с нарушението на възложителя е довело до разубеждаващ ефект в потенциалните участници размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален кандидат по процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако изискванията бяха законосъобразни.

Размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3 от Наредбата чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В

случая е приложен пропорционалният метод. Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалният метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (каквото е конкретният случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно.

В случая нарушението се изразява в това, че е заложена методика за оценка, която допуска неравно третиране на участниците в процедурата, в която е можело да участват други икономически оператори, които да представят оферти с по-ефективно, ефикасно и икономично изпълнение на поръчката, с което е нарушена императивна разпоредба на чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник по обществената поръчка. Необосновано се ограничава свободният достъп на икономически активни субекти до участие в процедурата по ЗОП чрез залагане на неправомерни критерии за възлагане. В тази връзка правилна е и констатацията с финансово влияние за посоченото нарушение, относимо към точка № 11 " Нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка" на Приложение № 1 от Наредбата. За тази категория нарушения е предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер десет на сто – 10% от разходите, които са поискани от бенефициента за възстановяване.

Финансовото отражение в случая се изразява във възпиращ ефект върху заинтересованите от възлагането лица и пречка за обективно сравняване и оценяване на техническите предложения. В този смисъл, налице е потенциална възможност за нанасяне на вреда на върху предоставената безвъзмездна финансова помощ, тъй като може да се направи обоснован извод, че при законосъобразна методика за оценка биха подали оферти по-голям брой заинтересовани икономически оператори с по-благоприятни за възложителя технически и ценови параметри.

Съдът намира, че размерът на финансовата корекция е изцяло съобразен с нормативната уредба.

В заключение и в подкрепа на процесното решение, следва да се посочи, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 от Регламент № 1303/2013, поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския

съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. С., С-199/03, EU: С: 2005: 548, т. 31; решение С. I., С-465/10, EU: С: 2011: 867, т. 47, както и последното решение Wroclaw. EU: С: 2016: 562, т. 44. Нарушението на конкретните разпоредби от националното право, както и на принципа на пропорционалност, който обективно се явява нарушен с включването на условия, ограничаващи конкуренцията и ограничаващи участието на потенциални икономически оператори в процедурата, винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако възложителят бе спазил изискванията на закона, би могло в обществената поръчка да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. С оглед на това може да се приеме, че предоставянето на безвъзмездната финансова помощ е довело до извършването на неоправдан разход по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303.

Предвид изложеното настоящата инстанция намира, че наложената финансова корекция е мотивирана и обоснована, като в обжалваното решение са посочени фактическите и правни основания за определянето, с оглед на което жалбата се явява неоснователна.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане за присъждане на съдебни разноски, на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, съдът следва да осъди „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], да заплати на ответника претендираните съдебно-деловодни разноски за юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, вр. чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ в размер на 300 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София – град, Трето отделение, 17 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], срещу Решение за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция № 03-РД/5881 от 07.12.2023г. на зам. изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“.

ОСЪЖДА „Напоителни системи“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], № 136, ет. 3 да заплати на Държавен фонд "Земеделие" сумата в размер на 300 лева разноски по делото.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

Съдия:

