

РЕШЕНИЕ

№ 4036

гр. София, 18.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 18.05.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **1076** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по повод на жалба вх. № 3033 от 29.01.2020 г. и вх. № 3280 от 30.01.2020 г. по описа на Административен съд – София град, подадена от „Институт по роботика „Св. А. и Е. М.” – БАН, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], ул. Г. Б., блок 2, ет. 4, представляван от директора, доц. Август И. срещу решение № 0901 - 1 от 15.01.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014 – 2020 (ОП „НОИР”) за определяне на финансова корекция в размер на 5% върху предоставена финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите, сключени в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Извършване на строително – монтажни работи за нуждите на ЦК – Q. по четири обособени позиции.
С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение изцяло, като постановено при съществени нарушения на приложимия материален закон и допуснати процесуални нарушения. Отправя се молба да бъде отменена изцяло определената финансова корекция, защото УО неправилно е приел, че са използвани основания за отстраняване, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т.10 от

Приложение № 1 към чл. 2, ал.2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕИФ, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. Категорично се възразява срещу твърденията на УО, че с действията си възложителят е нарушил чл. 33, ал.1, изр. Второ от ППЗОП във връзка с чл. 70, ал.7, т. 2 от ЗОП. Инвокират се подробни съображения по съществуването на спора. В хода на съдебното производство – жалбоподателят редовно призован, се представлява от юр. Ц., която поддържа жалбата, предлага да се уважи и да се отмени обжалваното решение. Претендира юрисконсултско възнаграждение и депозира писмено становище.

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

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

От данните по делото се установява, че между жалбоподателя и УО на ОП „НОИР“ е сключен Договор № BG05M2OP001 – 1.002 – 0006 – C04 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по процедура BG05M2OP001 – 1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“, по проект „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска“ Q..

В изпълнение на част от дейностите по проекта е подготвена проектна документация за възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП чрез открита процедура, с предмет „Извършване на строително - монтажни работи за нуждите на ЦК - Q. по четири обособени позиции“: Обособена позиция 1: „ СМР по Модернизиране на обекти от ЦК Q. на територията на ИР - БАН, включително съоръжения, помещения, лаборатории, системи, инсталации, мрежи, техническа инфраструктура и др.“ Обособена позиция 2: „ СМР по Модернизиране на обект от ЦК Q. на територията на И. - БАН, включително съоръжения, помещения, системи, инсталации, мрежи, техническа инфраструктура и др.“ Обособена позиция 3: „ СМР по Модернизация на обекти от ЦК Q. - две помещения на територията на И.-БАН и изграждане на оптично трасе на територията на И.“ и Обособена позиция № 4: „СМР по изграждане на две оптични трасета на територията на ТУ-Г.“. С решение от 27.02.2019 г. жалбоподателят/възложител открил процедурата. Вследствие на процедурата са сключени четири договора с изпълнител [фирма].

В административната преписка съдържа писмо рег. № BG05M2OP001 – 1.002 – 0006 – C04 – M152 от 31.10.2019 г., с което ръководителят на УО на ОП „НОИР“ е уведомил жалбоподателя, че при проверка на възложената обществена поръчка и сключените договори е констатирано следното нарушение: „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 Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕИФ, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.“

Жалбоподателят е подал писмено възразие с рег. № BC05M2OP001 - 1.002 – 0006 - C04 - M161 от 13.11.2019 г. След получаване на писмените възразения на

жалбоподателя, ръководителят на УО на ОП РР издава решение за определяне на финансова корекция № 0901 – 1 от 15.01.2020 г., с което определя финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по Договор № ЗОП № 6/20.05.2019 г. с изпълнител [фирма], на стойност 237 208,53 лв. без ДДС, или 284 650,24 лв. с ДДС и максималната стойност на финансовата корекция е 14 231,00 лв. с ДДС; Договор № В 26/19/5.1/27.05.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 115 643,91 лв. без ДДС, или 138 772,69 с ДДС и максималната стойност на финансовата корекция е 6 937,75 лв. с ДДС; Договор № 2019-05-28-2/28.05.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 79 143,17 без ДДС, или 94 971,80 с ДДС и максималната стойност на финансовата корекция е 4 747,96 с ДДС и Договор № 70/27.05.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 55 815,40 лв. без ДДС, или 66 978,48 с ДДС и максималната стойност на финансовата корекция е 3 348,92 лв. с ДДС. В решението е посочено, че така наложената финансова корекция се извършва и за верифицираните с Решение № 0901 – 33 от 29.08.2019 и Решение № 0901 – 37 от 02.10.2019 разходи, платени със средства от ЕСИФ по засегнатите и посочени договори, като жалбоподателят дължи възстановяване на сумата в размер на 23 543,05 лв.

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

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

Оспореното решение е връчено по електронен път на 15.01.2020 г. на жалбоподателя, видно от приетата по делото комуникация (л. 11). Жалбата е подадена на 29.01.2020 г. в деловодството на съда от надлежна страна, имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

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

В случая при налагане на финансовата корекция са спазени процесуалните изисквания на закона и не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да са довели до нарушаване правото на защита на дружеството - жалбоподател, а от там и до незаконосъобразност на наложената финансова корекция.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, съгласно приетите по делото заповед № РД12 – 251 от 30.10.2017 г. на министър на образованието и науката.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал.1, т. 9 и ал. 2 от ЗУСЕСИФ, чл. 2, ал.1, чл. 3, чл. 5 и т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за нарушение на чл. 33, ал.1, изр. второ от ППЗОП във връзка с чл. 70, ал. 4 и чл. 70, ал.7, т.2 и чл. 2, ал.1, т. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП).

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла на чл. 70, ал.1 т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните

основания: 9. 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. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание и мотиви представлява съществено нарушение на процесуалните правила и предполага незаконосъобразност на административния акт. Ал. 2 на чл. 70 от същия закон изрично предвижда, че случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В процесното решение е посочената като нарушена норма на чл.2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, която въвежда принципа, че 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. Нарушаването на посочената разпоредба се отнася за констатирани нарушения.

Ръководителят на УО е приел, че е допуснато нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 ЗОП, където се казва, че В документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите.

Като по смисъла на чл.2, ал.1, т. 2 от ЗОП Обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: свободна конкуренция.

В чл. 33, ал.1, изр. второ от ППЗОП изрично е записана следната забрана „Не се допуска оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в документите“.

Самото нарушение от фактическа страна е следното:

Одобрената от възложителя методика за оценка, в частта по показател „Организация и професионална компетентност на персонала (ръководен екип и персонал), на който е възложено изпълнението на поръчката“. Видно от посоченото в нея в скалата за оценка е предвидено, че техническото предложение ще надгражда минималните изисквания на възложителя, в случай че за всяка от дейностите е показано:

1. За изпълнението на обекта на конкретната обособена позиция на ниво отделна задача, за всяка отделна задача следва да се дефинират начален, краен момент и конкретните (касаещи изрично дадената задача) дейности по проследяване и контрол на нейното изпълнение;
2. За изпълнението на отделните дейности по изпълнение на обекта на конкретната обособена позиция, идентифицирани от участника, е дефиниран необходимия човешки ресурс -ръководен екип и персонал, както и разпределението на времето и ресурсите за тяхното изпълнение и задълженията на отговорния/те за изпълнението им експерт/и;
3. Предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на екипа от експерти

/ръководния състав/, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката в рамките на и свързано с оферирания от участника срок за изпълнение, както е посочено в календарния график;

4. Посочено е разпределението на дейностите по изпълнение на обекта по вертикална йерархичност в екипа, посочено и доказано е възлагането на отделни задачи между експертите от експертния екип, както и от експертния екип на работниците на участника. Описан е контролът върху изпълнението на задачите, отчитането на резултатите и проследяване на спазване на изискванията за качество;

5. Посочени са начин на комуникация с Възложителя и организационни мерки на персонала, доказващи ефективност на комуникацията и надеждност на комуникацията;

6. Посочени са и други организационни мерки извън посочените в изискванията на Възложителя, които са описани като вид, обхват и съдържание, конкретни са за целите на настоящата поръчка и нейния предмет и е доказано, че тяхното включване ще доведе до повишаване на качеството на изпълнение на поръчката.

Шестте допълнителни обстоятелства са включени към минимално заложените изисквания от възложителя, които са:

А. Участникът е предложил организация на експертите /ръководен състав/ и трудовия ресурс /работници/, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, координация и съгласуване на дейностите, глобалното разпределение на времето и ресурсите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложените СМР;

Б. участникът е предложил начини за осъществяване на комуникация с Възложителя; идентифицирал, изброил и описал е техническите средства и процеси, организационните мерки и действия, разпределението в структурата на ръководния състав на отговорностите и дейностите, свързани с осъществяване на комуникацията с Възложителя, както и логическата и функционална връзка между тях.

По този начин Методиката за оценка предвижда по показател „Организация и професионална компетентност на персонала (ръководен екип и персонал), на който е възложено изпълнението на поръчката" пълните оферти да се оценяват с максимален брой точки, а тези които отговарят на част от изискванията на възложителя - с по-малък брой точки, т.е. оценява се пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите, което съгласно чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП не може да се използва като показател за оценка на офертите. Цитираната разпоредба предвижда възможност възложителите 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, но при спазване на императивната забрана пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите да се използва като показател за оценка на офертите. В настоящия случай възложителят е нарушил тази забрана при определяне на начина на оценка на предложенията на участниците по показател „Организация и професионална компетентност на персонала (ръководен екип и персонал), на който е възложено изпълнението на поръчката". Съгласно утвърдената методика за оценка жалбоподателят е предвидил точките по показателя да се присъждат въз основа на седемстепенна скала за оценяване, както следва -1,2,4,8,12,16 и

максимални 20 точки. Предвидено е минимален брой от 1 точка да се присъжда на участник, който изпълнява минималните изисквания на възложителя, посочени по-горе в буква „А" и буква „Б". За присъждане на 2,4, 8,12,16 или 20 точки освен покриване на минималните изисквания, е предвидено предложението на участника да допълни минималните изисквания съответно с 1, 2, 3, 4, 5 или 6 от посочените в скалата допълващи 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; 2 точки, ако към минимално заложените изисквания е налице само едно от посочените 6 бр. допълващи компонента, респ. 4 точки, ако към минимално заложените изисквания са налице 2 от 6-те допълващи компонента, съответно 8 т. - ако към минимално заложените изисквания са налице 3 от 6-те бр. допълващи компонента, 12 т. - при наличие на 4 допълващи компонента, 16 т. - при наличие на 5 допълващи компонента и максимален брой 20 т., в случай че са налице всички посочени 6 допълващи компонента. От така заложената скала за оценяване се установява, че 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. Следователно, по същество става дума за описание на организация на работния процес на екипа по изпълнение на услугата (разпределение на дейностите и отговорностите, взаимодействие между екипа и др.), като единствената разлика е, че по-голям брой точки ще бъдат присъдени за по-подробно и детайлно описание на работния процес, а именно - описание на отделните задачи на всеки член от екипа. От така разписаната методика за оценка по този показател се установява, че помощният орган на оспорващия/възложителя ще оценява предложенията на кандидатите именно с оглед пълнотата и начина на представяне на информацията относно организацията на изпълнението на дейностите в нарушение на чл. 33, ал.1 от ППЗОП.

По отношение на така формулираната методика правилно ответникът е приел, че са нарушени императивните норми на: чл. 70, ал. 7, т. 2 и чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

За този вид нередност е приложима финансова корекция по т. 11, буква „б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Размерът на финансовата корекция (процентен показател) по т. 11, б. „б" е 5% върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатите четири броя договор с изпълнител [фирма] на обща стойност 29 265,63 лв. с ДДС, от които 23 543,05 лв. са верифицирани с Решение № 0901 – 33 от 29.08.2019 г. и Решение № 0901 – 37 от 02.10.2019 г., които подлежат на възстановяване на основание чл. 75, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Нарушенията са класифицирани като нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Посочената точка от Приложение № 1 гласи следното: т.11 „Използване на критерии за подбор, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, буква „б” - случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор” и предвижда размер на финансовата корекция на 5 %.

Всички останали доводи, посочени в жалбата, съдът ги намира за неоснователни.

По изложените съображения съдът намира жалбата на Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ - БАН за неоснователна и като такава не следва да се уважава. С оглед изхода на спора, следва да се уважи искането на ответника за присъждане на разноски по реда на чл.78, ал.5 от ГПК, във връзка с чл.37, ал.2 от Закона за правната помощ, във връзка с чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ в размер от по 100 лева.

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

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Институт по роботика „Св. А. и Е. М.” – БАН срещу решение № 0901 - 1 от 15.01.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014 – 2020 а определяне на финансова корекция в размер на 5% върху предоставена финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите, сключени в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Извършване на строително – монтажни работи за нуждите на ЦК – Q. по четири обособени позиции.

ОСЪЖДА Институт по роботика „Св. А. и Е. М.” – БАН, ЕИК[ЕИК] да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ юрисконсултско възнаграждение по делото в размер на 100, 00 (сто) лева.

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

СЪДИЯ: