

РЕШЕНИЕ

№ 6759

гр. София, 14.11.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 49 състав,
в публично заседание на 11.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Йорданова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **12758** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, вр. с чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Комисия за финансов надзор, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], срещу Решение № ФК 2021-296/01.12.2021 г. на Ръководителя на УО на ОПДУ, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите засегнати от нарушението разходи по Договор № ДОГ-37/11.08.2021 г., сключен между Комисията за финансов надзор, в качеството ѝ на възложител, и „Скейл фокус“ АД, в качеството му на изпълнител, в размер на 479 901 лв.

В жалбата, в съдебно заседание и в писмени бележки по делото жалбоподателят, чрез процесуалният си представител излага доводи за незаконосъобразност на оспореното решение, като постановено в нарушение на процесуалните правила и материалния закон. Според жалбоподателя не е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 2 от ЗОП. С изискването за изпълнени сходни дейности, които следва да са с функционалност за работа с квалифицирани електронни подписи и електронни услуги на ниво 3 от възложителя е заложен минимум на критерия за опит на участниците, като е поставил условие само за една изпълнена дейност по информационни системи с определените от възложителя характеристики. Относно констатираното нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 70, ал. 7, т. 1, 2 и 3 б „б“ от ЗОП, в жалбата е посочено, че в методиката за оценка на офертите не е включена оценка на описание, а

на определен брой надграждащи елементи. Не се оценява описанието, а наличието на взаимовръзки между фазите на избраната от участника методология и етапите на изпълнение на конкретния проект. Моли се решението да бъде отменено. Претендират се разноски.

Ответникът – Ръководителят на УО на ОП „Добро управление 2014-2020“ – в съдебно заседание се представлява от юрист К., който оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-град, III отделение, 49 състав, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Комисия за финансов надзор е бенефициент по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.011-0001-C01 по оперативна програма „Добро управление“ по процедура BG05SFOP001-1.011 чрез директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ с наименование „Изграждане на единна информационна система /Е./ за нуждите на Комисията за финансов надзор“.

Въз основа на сключения договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ Комисията за финансов надзор е провела процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Изграждане на единна информационна система /Е./ за нуждите на Комисията за финансов надзор“. Сключен е Договор ДОГ-37/11.08.2021 г. между Комисията за финансов надзор, в качеството ѝ на възложител, и „Скейл фокус“ АД, в качеството му на изпълнител.

Във връзка с извършена проверка от УО по ОПДУ и констатирани нарушения при провеждането на обществена поръчка с предмет „Изграждане на Единна информационна система /Е./ за нуждите на Комисията за финансов надзор“ и сключен договор № Дог-37/11.08.2021 г. със „СКЕЙЛ ФОКУС“ АД, бенефициентът е уведомен с писмо № BG05SFOP001-1.011-0001-C01-M017. Същото е изпратено, на основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ИСУН/ и за провеждане на производства пред управляващите органи чрез ИСУН, чрез информационната система на 08.11.2021 г. Писменото възражение на бенефициента по реда на чл. 73, ал. 2, пр. второ от ЗУСЕСИФ, на основание чл. 35, ал. 1 от Наредбата е представено чрез информационната система на 19.11.2021 г. Същото е регистрирано под № BG05SFOP001-1.011-0001-C01-M018 в раздел „Кореспонденция“.

Управляващият орган е започнал процедура по администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка на посочената обществена поръчка.

Направени са констатации, че съгласно изискванията на Възложителя, заложили в точка 3.1., раздел VI „Критерии за подбор“ от документацията участникът трябва да притежава опит за изпълнение на поръчката, като е изпълнил дейности с предмет, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата.

Възложителят е посочил, че под „дейност с предмет, сходна с предмета на обществената поръчка“ следва да се разбира: дейност/и по разработване и внедряване и/или надграждане на информационна/и система/и, разработена/и върху веб базирана технология, използваща система за управление на бази-данни (СУБД) и съдържаща

приложно-програмни интерфейси (application programming interface API) за постоянен обмен на данни с време за достъпност 24/7, с функционалност за работа с квалифицирани електронни подписи и електронни услуги на ниво 3.

Прието е, че е налице ограничителен критерий за подбор на изпълнител, с което е нарушен чл. 59, ал. 2 от ЗОП, вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Установено е също, че възложителят е одобрил методика за оценка включваща показател П1 „Техническо предложение“ с подпоказатели Т01 - подпоказател „Подход за изграждане и внедряване на системата“ и Т02 - подпоказател „Професионална компетентност на персонала“. Част от подпоказателя Т01 - „Подход за изграждане и внедряване на системата“ е оценка на Предложена методология за управление на проекта /Т01.1./.

Оценяването се извършва по следния начин:

Техническа оценка по показател П1, подпоказател Т01 „Подход за изграждане и внедряване на системата“

Т01.1. Предложена методология за управление на проекта

В предложението участникът освен че е разписал избраната от него методология за управление на проекта, е посочил и аргументирал адаптирането ѝ към изискванията на ТЗ. като в допълнение са налице едновременно следните надграждащи обстоятелства:

1. Посочени са логически взаимовръзки между фазите на проекта от избраната методологията и всички етапи на изпълнение в т. 6 от ТЗ;

2. Участникът е предложил методология за управление на проекта базирана на квалификацията на ръководителя на проекта.

В техническото си предложение участникът е описал методологията за управление на проекта в съответствие с изискванията на ТЗ, без да предлага дефинираните надграждащи ТЗ обстоятелства.

Прието е, че посочената методика противоречи на чл. 70, ал. 7, т. 1, 2 и 3 б. „б“ от ЗОП във връзка с чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Посочените нарушения са квалифицирани като нередност по т. 11, б „а“ 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, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. Това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключения договор със „Скейл фокус“ АД.

Издадено е Решение № ФК 2021-296/01.12.2021 г. на Ръководителя на УО на ОПДУ, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите засегнати от нарушението разходи по Договор № ДОГ-37/11.08.2021 г., сключен между Комисията за финансов надзор, в качеството ѝ на възложител, и „Скейл фокус“ АД, в качеството му на изпълнител, в размер на 479 901 лв.

В хода на съдебното производство от жалбоподателя са представени допълнително писмени доказателства / л.473-493 от делото/

Административен съд София-град, III отделение, 49 състав, при така установената фактическа обстановка прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който е предвидено в чл. 27, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. С оспорения административен акт пряко са засегнати правата и законните интереси на

жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 01.12.2021 г. /лист 65 от делото/. Жалбата е депозирана в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 15.12.2021 г. и същата е ДОПУСТИМА за разглеждане.

Разгледана по същество, жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА, по следните съображения:

По валидността на акта:

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министър – председателят на Република България, който със Заповед № Р-73/14.05.2021 г. е оправомощил И. П. – директор на дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерски съвет да изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПДУ 2014-2020, с всички произтичащи от това права, задължения и отговорности. Д. на посочените правомощия е допустимо съгласно разпоредбите на УП на МС и ЗУСЕИФ, с оглед на което съдът счита, че оспореният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма и при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от пороци, водещи до неговата нищожност.

По процесуалната и материалната законосъобразност на акта:

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съгласно 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 – 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.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на

европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на непропорционален разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез ОП „Добро управление“, поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ). Съгласно чл. 2. ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото Комисията за финансов надзор безспорно е юридическо лице, има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на бюджетни средства, част от които са с източник финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съдът следва да съобрази, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

Конкретно трябва да се извърши проверка, дали са налице сочените от УО на ОПДУ

нарушения, изразяващи се в използване на критерии за подбор, които 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 във връзка със заложеното изискване в процедурата и в случай, че са извършени такива - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

Чл.59 от ЗОП дава възможност на възложителя да определи по отношение на кандидатите или участниците критерии за подбор, които се отнасят до годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност, икономическото и финансовото състояние и техническите и професионалните способности. Ал.2 на разпоредбата обаче ограничава възложителите да използват само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Съгласно чл. 63, ал. 1 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните 5 години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за строителство и 3 години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за доставки и услуги.

Съгласно изискванията на възложителя, заложен в точка 3.1., раздел VI „Критерии за подбор“ от документацията, участникът трябва да притежава опит за изпълнение на поръчката, като е изпълнил дейности с предмет, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните 3 /три/ години от датата на подаване на офертата.

Възложителят е посочил, че под „дейност с предмет, сходна с предмета на обществената поръчка следва да се разбира: дейност/и по разработване и внедряване и/или надграждане на информационна/и система/и, разработена/и върху уеб базирана технология, използваща система за управление на бази-данни (СУБД) и съдържаща приложно-програмни интерфейси (application programming interface API) за постоянен обмен на данни с време за достъпност 24/7, с функционалност за работа с квалифицирани електронни подписи и

електронни услуги на ниво 3.

В случая сам по себе си установеният критерий участниците да са изпълнили дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на предмета на обществената поръчка „Изграждане на единна информационна система /Е./ за нуждите на Комисията за финансов надзор“ не е незаконосъобразен - критерият има за цел да се установи способността на кандидата да изпълни поръчката. Незаконосъобразно обаче е поставеното от възложителя изискване за изпълнени сходни дейности, които са с функционалност за работа с квалифициран електронен подпис и електронни услуги на ниво 3.

Правилно административният орган е посочил, че възможността и оперативната самостоятелност на възложителя да установява изисквания по отношение на техническите и професионални способности на участниците не е неограничена, но изискванията следва да са съобразени с чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Съгласно чл. 2, ал. 2 от 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.

С поставянето на изискване за изпълнени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на предмета на обществената поръчка, но с функционалност за работа с квалифицирани електронни подписи и електронни услуги на ниво 3 възложителят е установил критерий, който не е съобразен с ограниченията по чл. 59, ал. 2 вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Според чл. 59, ал. 2 ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Така поставеното изискване не доказва техническите и професионални способности на потенциалния участник, нито неговия опит и следователно не е релевантно към обема или сложността на поръчката. Правилно административният орган е квалифицирал констатираното нарушение на чл. 59, ал. 2 вр. чл. 63, ал. 1, т. 1 вр. чл. 2 от ЗОП.

С оспореното решение е установено нарушение и на правилата за определяне на изпълнител, а именно – незаконосъобразна методика за оценка на офертите. Прието е, че критериите за Техническа оценка по показател П1, подпоказател ТО1 „Подход за изграждане и внедряване на системата“, ТО 1.1 „Предложена методология за управление на проекта“ са определени в нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, 2 и 3 б. „б“ от ЗОП във връзка с чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, тъй като не дават възможност да бъде оценена всяка оферта съобразно предмета на обществената поръчка. Така определените показатели за Техническа оценка не осигуряват обективност при сравняването и оценяването на техническите предложения в офертите. От тях за участниците не става ясно как ще бъде извършено определянето на оценката по всеки отделен показател. Прието е също, че е налице възможност за субективна преценка при оценяването на техническите предложения от членовете на оценителната комисия.

Законодателят е предвидил в чл. 70, ал. 1, т. 3, ал. 5 и, ал. 7 от ЗОП, че

обществените поръчки се възлагат въз основа на икономически най-изгодната оферта. Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на един от следните критерии за възлагане: оптимално 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. По смисъла на, ал. 5 на същата норма показателите, включени в критериите по, ал. 2, т. 2 и 3, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. В ал. 7 на чл. 70 е посочено, че в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Правилно и обосновано административният орган е направил изводът, че с въвеждането на подпоказателя за оценка ТО 1.1 „Предложена методология за управление на проекта“ възложителят е допуснал нарушения на ЗОП. От възложителя не са спазени изискванията на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, тъй като същият този показател не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, поради това, че се оценяват елементи, които, от една страна не са свързани с предмета на възлагане и от друга страна, не са измерител за качество, тъй като са поставени от възложителя самоцелно, единствено и само като елемент на оценка, без да касаят изпълнението на техническото предложение. Не са спазени и изискванията на чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, тъй като не е гарантирана възможността за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците, на чл. 70, ал. 7, т. 3, буква "б" от ЗОП, предвид че механизмът за оценка не дава на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка. От така разписаната методика за оценка по подпоказател ТО 1.1 „Предложена методология за управление на проекта“ се установява, 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 в нарушение на забраната на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. Методиката за оценка на този показател е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Заложената методика за оценка не дава яснота, относно бъдещото оценяване така, че участниците да знаят предварително колко точки ще получат по конкретния показател. Не са налице ясни и обективни критерии за оценка, даващи възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в получените оферти. При формулиране на критериите за оценка по подпоказател ТО 1.1 „Предложена методология за управление на проекта“ са въведени изисквания, които не представляват по същество надграждащи елементи, а описание на етапите на изпълнение на проекта и връзките между тях.

За да обоснове твърденията си по извършеното от жалбоподателя нарушение, административният орган е доказал, че възложителят е използвал критерии за възлагане, с които е ограничил достъпа на потенциалните кандидати/участници, тъй като същите са възпрепятствани от участие поради неясна и субективна методика за оценка.

Формулирането на незаконосъобразна методика за оценка по същността си представлява обстоятелство, което необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, т.е. налице е разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници/кандидати в процедурата и оказва влияние върху прозрачността при провеждане на процедурата - не е налице достатъчно информация при какви предложения колко точки ще бъдат присъдени. Така разработената методика създава условия за неравно третиране, тъй като не съдържа точни указания за определяне на оценката по подпоказател ТО 1.1 „Предложена методология за управление на проекта“.

Оценката по подпоказател ТО 1.1 „Предложена методология за управление на проекта“ представлява субективна преценка на комисията. Тоест, в зависимост от субективния фактор, и без да е налице реална и обективна база за оценка, комисията може да присъжда точки в двата диаметрални края на диапазона без да има обективен или реален критерии за оценка. 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 - принципа на равно третиране, недискриминация на национален признак и въвеждане на задължение за прозрачност. Изготвяйки методиката за оценка на офертите, жалбоподателят следва да се съобрази, че стъпките и надграждащите елементи следва да са ясно формулирани, така че да позволяват нивото на изпълнение да се оцени чрез равнопоставено и обективно сравняване на офертите на кандидатите, чрез експертна оценка.

При прилагането на методиката следва да се стигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите, по такъв начин, че да бъде избран изпълнител, с икономически най-изгодната оферта. По начина на разписване на отделните показатели може да се достигне до облагодетелстване на едни участници или елиминирането на други, както и участниците да бъдат поставени в неравностойно положение, а това да се отрази на крайното класиране в процедурата. Показателите, според настоящият съдебен състав,

следва да са със стриктно формулирано съдържание и да са определени точни указания за тяхното оценяване. Точните указания са такива езикови формули, които предполагат еднозначен извод и ясна оценка. Действително нормативната уредба - Закона за обществените поръчки не забранява дефинирането на показатели за оценка, които нямат точен математически или друг стойностен израз, но в този случай за получаването на максимален брой точки следва да са изброени изчерпателно критериите, като да става ясно, че дори и липсата на един от тях би довело до присъждане на по-малък брой точки.

Така допуснатите нарушения на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. и подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри. Същите се квалифицират като нередност по т. 11 "Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците", буква „а“ 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.

Посоченото отклонение представлява нарушение с финансово отражение, тъй като липсата на достатъчна и непротиворечива информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка на участниците има възпиращ ефект върху заинтересованите от възлагането лица. Води до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата - на етап "подаване на оферта", поради своя разубеждаващ ефект спрямо потенциалните изпълнители, а на етап "разглеждане на офертите" създава предпоставки за неравно третиране на участниците.

Събраните доказателства сочат, че е налице и последната кумулативно изискуема предпоставка за налагане на финансова корекция, доколкото допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество. В тази връзка съдът напълно споделя извода на административния орган, че предвид националното и европейското законодателство (цитираната по-горе дефиниция за нередност, както и определението, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013

на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година), наличието на реална вреда не се поставя като изискване. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасяне на вреда на общия бюджет. От това следва, че нито националното, нито европейското законодателство изискват доказване на наличието на реална вреда, доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, а в случая безусловно такава възможност е налице. Това от своя страна изключва застъпената от оспорващия теза за липса на реално настъпила щета, представляващо основание за липса на подлежаща на финансова корекция нередност.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, според който, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В този смисъл е и чл. 3, ал. 2 от Наредбата, съгласно който определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно - чрез пропорционален метод. Поради спецификата на конкретното нарушение, безусловно рефлектиращо върху конкуренцията в поръчката, обективно е невъзможно да се определи точен размер на причинената вреда, тъй като не е възможно да се установи кои икономически обекти на пазара не са участвали в проведената процедура за възлагане на обществена поръчка, както и каква би била стойността на договора за изпълнение при друг участник. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е установил въз основа на каква база следва да се изчисли размера на финансовата корекция. Съгласно цитираната разпоредба на т. 11 б „а“ от Наредбата, финансовата корекция е в размер на 10 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатия от нарушението Договор№ ДОГ-37/11.08.2021 г., сключен между Комисията за финансов надзор, в качеството ѝ на възложител, и „Скейл фокус“ АД, в качеството му на изпълнител, в размер на 479 901 лв.

С оглед изложеното, оспореното решение е законосъобразно, като издадено в съответствие с процесуалните правила и материалния закон и следва да бъде оставено в сила, а подадената жалба следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, вр. с чл. 37 от ЗПП, вр. с чл. 25, ал. 1 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 100 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд
София-град, III отделение, 49 състав

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Комисия за финансов надзор, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], срещу Решение № ФК 2021-296/01.12.2021 г. на Ръководителя на УО на ОПДУ, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите засегнати от нарушението разходи по Договор № ДОГ-37/11.08.2021 г., сключен между Комисията за финансов надзор, в качеството ѝ на възложител, и „Скейл фокус“ АД, в качеството му на изпълнител, в размер на 479 901 лв.

ОСЪЖДА Комисията за финансов надзор, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], да заплати на Министерски съвет на Република България сумата от 100 лв. /сто лева/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: