

РЕШЕНИЕ

№ 1342

гр. София, 01.03.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 01.12.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **5556** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и следващи от Административнопроцесуалният кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“, представлявана от гл. комисар И. Й. - Главен директор на ГД „Изпълнение на наказанията“, с адрес на управление и кореспонденция: [населено място], [улица], против Решение № ЛС-04-231/31.05.2022 г. на Главния секретар на Министерство на правосъдието и Ръководител на Програмния оператор на Програма „Правосъдие“ на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 (НФМ 2014-2021) за приключване на процедура за администриране на нередност с установяване на нередност и определяне на финансова корекция по административен договор за безвъзмездна финансова помощ (ДФП) № 93-00-27/29.01.2020 г. за изпълнение на проект „Осигуряване на сигурна и безопасна материална среда в затворите и арестите“, финансиран по Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021, с което е определена финансова корекция в размер на 10% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор за възлагане на обществена поръчка с рег. № 761 от 22.01.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „ИНТЕГРА“.

Жалбоподателят намира решението за немотивирано, неправилно и незаконосъобразно. Излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на разноски за

юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - Ръководителят на програмния оператор на Програма „Правосъдие“ на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 при Министерство на правосъдието, чрез юрк. М., оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разности за юрисконсултско възнаграждение.

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

На 29.01.2020 г. бил сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ рег. № 93-00-26/29.01.2020 по проект „Повишаване на капацитета на персонала, изграждане на пилотен затвор, свързан с учебен център и подобряване на рехабилитацията на лишените от свобода“ със страни – Министерство на правосъдието, представлявано от проф. Н. П. – заместник-министър и ръководител на Програмния оператор, и Главна Дирекция „Изпълнение на наказанията“, представлявана от И. Й. – главен директор на Главна дирекция „Изпълнение на наказанията /бенефициент/. Със същия програмният оператор предоставял безвъзмездна финансова помощ за изпълнение на проекта, при спазване на Регламент за изпълнението на НМ 2014-2021, включително анексите към него, Меморандум за разбирателство относно изпълнението на НФМ 2014-2021, между Република България и Кралство Н., Програмно споразумение за финансиране на Програма „Правосъдие“ между норвежкото министерство на външните работи и дирекция „Централно координационно звено и УО. Съгласно чл.3 от договора на бенефициента била предоставена безвъзмездна финансова помощ 100% по Норвежкия финансов механизъм 2014-2021, като не се изисква съфинансиране от страна на бенефициента.

За целта е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Проектиране и авторски надзор на обект „Изграждане на пилотен затвор, свързан с център за обучение на персонала и изграждане на преходно отделение (Half way house)“ с уникален номер в Регистъра на обществените поръчки 02030-2020-0020, открита с Решение № D 60746 от 09.09.2020 г. на възложителя Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“, възложена на изпълнителя ДЗЗД „ИНТЕГРА“ с договор рег. № 761 от 22.01.2021 г., на обща стойност 457 900,00 лв. без включен ДДС или 549 480,00 лв. с ДДС.

При извършен от ДЗЗД „Верификации“ (изпълнител по договор с рег. № 93-00-184/15.06.2020 г. с предмет: „Извършване на верификация на разходите и мониторинг на изпълнението на Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021 и включените в нея предварително дефинирани проекти, финансирани по Малка грантова схема, както и на бюджета на Програмата) последващ контрол за законосъобразност на проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Проектиране и авторски надзор на обект „Изграждане на пилотен затвор, свързан с център за обучение на персонала и изграждане на преходно отделение (Half way house)“ по проект: BGJUSTICE-1.001-0001- C01 с наименование „Повишаване на капацитета на персонала в затворите, изграждане на пилотен затвор, свързан с учебен център за подобряване на рехабилитацията на лишените от свобода“ по Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021 с бенефициент Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“, са констатирани нарушения на Закона за обществените поръчки (ЗОП), съставляващи основание за установяване на нередност и налагане на финансова корекция.

По този повод Програмният оператор е започнал процедура по администриране на нередност по своя инициатива на основание чл. 5.6, параграф 1, б. „х“ от Регламент за

изпълнението на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 г.

В хода на проверката са констатирани липсващи документи и нарушения, както следва:

Липсващи документи в ИСУН 2020 - към документите от проведената обществена поръчка липсват и следва да бъдат добавени сканирани копия на оригиналите на следните документи: Офертата на „ДЕКУМАНУС“ ООД в пълнота, включително ЕЕДОП; Офертата на „ЕНЕРДЖИДИЗАЙН“ ЕООД в пълнота, включително ЕЕДОП; Офертата на „НОВИЗА“ ЕООД в пълнота, включително ЕЕДОП; Офертата на ДЗЗД „ИНТЕГРА“ в пълнота, включително ЕЕДОП; Документи, доказващи професионалната компетентност на персонала, който ще изпълнява поръчката, предоставени преди сключване на договора от ДЗЗД „ИНТЕГРА“. Тъй като в ИСУН следва да бъде налична пълната документация по проведената обществена поръчка.

Допуснатите от бенефициента нарушения при възлагането на обществената поръчка са следните:

Възложителят е определил критерии за възлагане на обществената поръчка „оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената, както и на показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществените поръчки“. Определените показатели за оценка на допуснатите оферти са следните: Показател П1 - организация за изпълнение на поръчката с максимален брой точки 15; Показател П2 - професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на инвестиционния проект с максимален брой точки 45; Показател П3 - предлагана цена с максимален брой точки 40.

Съгласно изискванията на възложителя, организацията за изпълнение на поръчката по показател П1 трябва да съдържа най-малко следните елементи: Етапи на начина и последователността на извършване на дейностите на изпълнение на услугата съгласно заложеното в техническата спецификация, в съответствие с графика за изпълнение; Организацията на човешките ресурси, необходими за изпълнение на поръчката в съответствие с графика за изпълнение; Стратегия за управление на риска, в която трябва да бъдат предложени мерки за предотвратяване и преодоляване на последиците от настъпването на идентифицираните от Възложителя и Изпълнителя рискове. Стратегията следва да съдържа най-малко една мярка за предотвратяване и минимум една мярка за преодоляване на всеки от идентифицираните рискове;

График за изпълнение на поръчката.

Критериите за оценка по подпоказател П1 са следните:

- 5 точки получава предложението за изпълнението на поръчката, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително изискуемите елементи и в своята последователност гарантира навременното и спрямо минималните изисквания на техническата спецификация постигане на резултати;

- 10 точки получава предложението, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително изискуемите елементи от т.1. - т.2. и в своята последователност, гарантира навременното и спрямо изискванията на техническата спецификация постигане на резултати, като спрямо него може да бъде заключено наличието на поне едно от изброените по-долу условия:

1. За всяка проектна част е посочена продължителност на изпълнение и броя ангажирани лица. Дефинирани са задълженията и отговорностите на експертите, на които ще бъде възложено нейното изпълнение.

2. Предложени са мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството

по време на изпълнение на услугите по договора.

- 15 точки получава предложението, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително изискуемите елементи от т.1. и т.3. и в своята последователност, гарантира навременното и спрямо изискванията на техническата спецификация постигане на резултати, КАТО спрямо него може да бъде заключено наличието на всяко от изброените по- долу условия:

1. За всяка проектна част е посочена продължителност на изпълнение и необходимия брой ангажирани лица. Дефинирани са задълженията и отговорностите на експертите, на които ще бъде възложено нейното изпълнение.

2. Предложени са мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството по време на изпълнение на услугите по договора.

УО е счел, че показателят П1 е незаконосъобразен, поради следните съображения:

Присъждането на точки за съответствие на офертите с минималните изискванията на възложителя е неправилен и незаконосъобразен подход. Пълното съответствие с изискванията на спецификацията е условие за допускане до оценяване на офертите на следващ етап. Т.нар. „надграждащи елементи“ нямат такъв характер. Те са част от минималното съдържание на техническото предложение в частта за описанието на подхода за изпълнение.

Като „надграждащ елемент“ е предвидено да се оценява „Дефинирани са задълженията и отговорностите на експертите, на които ще бъде възложено нейното изпълнение“ и „предложени мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството по време на изпълнение на услугите по договора“. Липсват ясни и точни критерии, условия, на които следва да отговарят мерките, включително за тяхното естество и брой, начина, по който да надградят минимално изискуемото изпълнение съгласно Техническата спецификация. Възложителят е допуснал липса на предвидимост и точна измеримост по отношение на присъждането на максимален брой точки по показател П1. Едни и същи точки могат да бъдат присъдени за най-различни предложени мерки, едни от които действително надградят, а други — не минималните изисквания, така както съответните участници и членовете на комисията ги разбират.

В разглежданата методика на практика се оценява разпределението на експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, т. е. оценява се подробността на описанието „на ниво отделна задача“, а не на конкретни качествени характеристики на офертите по чл. 70, ал. 4 ЗОП.

В методиката липсват допълнителни указания по какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката. Когато в описаните надграждащи обстоятелства не са налице указания или поясняващи критерии по какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението, които да дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, то такива методики не могат да се сметат за законосъобразни.

Към случаите на показатели за оценка, които не допринасят за избор на най-доброто предложение е и оценката на рисковете, като този показател е недопустим показател за оценка съгласно чл. 70, ал.4 ЗОП.

Начинът на определяне на оценката по показател П1 е в нарушение на: чл. 70, ал. 4

ЗОП (включен е недопустим показател за оценка), чл. 70, ал. 5, изречение последно от ЗОП (дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция), чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП (не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация), чл. 70, ал. 7, т. 2 ЗОП (не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите) и т. 3, б. „б“ от същия член (за качествени показатели, които са количествено неопределими, не се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка). По този начин се създават предпоставки за неравно третиране на участниците, необосновано даване на предимство или необосновано ограничаване на стопански субекти в обществената поръчка, в нарушение на чл. 2, ал.1 и ал. 1 от ЗОП. В допълнение е нарушена и разпоредбата на чл. 33, ал. 1, изречение второ от ППЗОП, като оценяването на организацията за изпълнение на поръчката по своята същност е оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в предложението за изпълнение.

С писмо рег. № 93-00-184#50/19.11.2021 г. и регистрационен № BGJUSTICE-1.001-0001-C01-M053/23.11.2022 г. в „Информационна система за управление и наблюдение на средствата от ЕС в България 2020“ (ИСУН) на бенефициента ГДИН е предоставена възможност да се запознае с направените констатации и да представи своите писмени възражения и доказателства по констатираните нарушения, тяхната правна квалификация и възможните правни последици - приложимата финансова корекция и размер съобразно Приложение към Решение на Комисията от 14.05.2019 г. за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки.

Писменото възражение на бенефициента, с което не приема констатациите на ПО, са обективирани в писмо, постъпило в ИСУН под рег. № 1.001-0001-CO 1-M056/07.12.2022 г. и деловоден № 93-00-184#52/08.12.2021 г. В него бенефициентът излага следните възражения:

1.1. По направените в писмо рег. № 93-00-184#50/19.11.2021 г. и регистрационен № BGJUSTICE-1.001-0001-C01-M053/23.11.2022 г. в ИСУН констатации за липсващи документи:

След извършена справка в ИСУН се установи, че към документите от проведената обществена поръчка са добавени сканирани копия на следните документи:

1. Оферта на „ДЕКУМАНУС“ ООД;
2. Оферта на „ЕНЕРДЖИДИЗАЙН“ ЕООД;
3. Оферта на „НОВИЗА“ ЕООД;
4. Оферта на ДЗЗД „ИНТЕГРА“ ;
5. Документи, доказващи професионалната компетентност на персонала, който ще изпълнява поръчката, представени преди сключване на договора с ДЗЗД „ИНТЕГРА“.

1.2. По направените в писмо рег. № 93-00-184#50/19.11.2021 г. и регистрационен № BGJUSTICE-1.001-0001-C01-M053/23.11.2022 г. в ИСУН констатации за незаконосъобразна методика:

Бенефициентът счита, че методиката за оценка на офертите съдържа достатъчно подробен, конкретен и разбираем механизъм за оценка, почиващ от една страна на присъждане на точки за съответствие с базисни задължителни (минимални)

компоненти, и от друга страна - на присъждане на допълнителни точки по надграждащи, незадължителни компоненти. Посочва още, че именно надграждащите компоненти са тези, на база на които оценителната комисия следва да направи разграничение между отделните предложения за изпълнение на поръчката. Така изложената теза само затвърждава направените от УО констатации за неправилен и незаконосъобразен подход при формулирането на подпоказател П1. Оценка за съответствие на офертите с минималните изисквания на възложителя се извършва на етап оценка на техническото предложение, на който етап би следвало комисията да направи съпоставка и да оцени съответствието на всяка допусната до този етап оферта с минималните изисквания на възложителя. Офертите, които не отговарят на минималните изисквания следва да бъдат отстранени от участие в следващия етап - оценка на офертите по избрания критерии за възлагане. В този смисъл е необосновано на етап оценка чрез методика отново да се оценява съответствието на офертите с минималните изисквания. Що се отнася до т. нар „надграждащи елементи“ бенефициентът не е мотивирал по какъв начин същите надграждат минималните изисквания, а само е посочил „в методиката е въведена ясна схема на оценяване, както и конкретно и детайлно е посочено при наличие на какви обстоятелства следва да се счита, че предложението само отговаря на минималните изисквания, или надгражда по определен начин тези минимални изисквания.“ Липсата на предварително дефиниране по какъв начин следва да надграждат минималните изисквания води до невъзможност за обективно сравняване на получените оферти. В съответствие с чл. 70, ал. 5 и ал. 7 ЗОП възложителят е следвало да определи критерии по отношение на качеството, както и на броя на предложените мерки, така че да е ясно с какви конкретни елементи съответните мерки биха надградили минималните изисквания на техническата спецификация и същите следва да са предварително известни на потенциалните участници. За надграждане не би могло да се счете пълнотата на представяне на информацията в офертата по отношение организацията на екипа, както и начинът на представянето на тази информация. От протоколите и доклада от работата на оценителната комисия не става ясно по какви обективни критерии комисията е преценила, че предложената в единствената допусната до оценка оферта организация на екипа не просто отговаря на минималните изисквания на техническата спецификация, а ги надгражда. Посочено е единствено „предложени са мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството“, предвид който извод участникът е получил максималния брой точки по показател П1 „Организация за изпълнение на поръчката“. Не е посочен броят на предложените мерки, нито по какъв начин същите допринасят за осигуряване на качеството на изпълнение на поръчката. От заключението на оценителната комисия, че „предложението отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително изискуемите елементи и в своята последователност, гарантира навременното и спрямо изискванията на техническата спецификация постигане на резултати...“ е видно, че е оценявана пълнотата и начина на представяне на информацията, в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 ППЗОП.

Обстоятелството, че „критерият за възлагане е посочен в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата и в документацията за обществена поръчка“ има отношение към осигуряване на неговата публичност, но в случая е ирелевантно по отношение на неговата законосъобразност.

Във възраженията на бенефициента се съдържат твърдения, че стратегията за

управление на риска не е обект на оценка съгласно методиката, а е задължителен елемент, който трябва да е описан в съдържанието на техническото предложение на участниците. Не приемам твърдението, поради следните съображения:

Стратегията за управление на риска е част от показателя П1 "Организацията за изпълнение на поръчката" и се съдържа в т. 3 от задължителните елементи на Организацията за изпълнение на поръчката. Съгласно т. 3 „в стратегията трябва да бъдат предложени мерки за предотвратяване и преодоляване на последиците от настъпването на идентифицираните от Възложителя и Изпълнителя рискове. Стратегията следва да съдържа най-малко една мярка за предотвратяване и минимум една мярка за преодоляване на всеки от идентифицираните рискове.“ В т. 3 от „Критерии за оценка по показател П1 „Организация за изпълнението на поръчката“ в таблицата е записано, че максимален брой точки -15 получава „Предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително изискуемите елементи от т. 1 и т. 3 и в своята последователност, гарантира навременното и спрямо изискванията на техническата спецификация постигане на резултати, като спрямо него може да бъде заключено наличието на всяко от изброените по- долу условия:

1. За всяка проектна част е посочена продължителност на изпълнение и необходимия брой ангажирани лица. Дефинирани са задълженията и отговорностите на експертите, на които ще бъде възложено нейното изпълнение.

2. Предложени са мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството по време на изпълнение на услугите по договора.

За да получи максималният брой точки 15, предложението следва да съдържа всички елементи на Стратегията за управление на риска по т. 3, за разлика от присъждането на 10 точки, за които не е поставено това изискване. Направен е извод, че стратегията за оценка на риска е включена като показател за оценка, макар и да се оценява задължителното ѝ минимално съдържание. Единствено т. 4 от Организацията за изпълнение на поръчката - График за изпълнение на поръчката не е включен в оценката, за което има и изрично пояснение от възложителя, а именно: „Всеки участник трябва да представи индикативен график за изготвянето на проектите, който не подлежи на оценка“. В методиката е записано, че Стратегията следва да съдържа най-малко една мярка за предотвратяване и минимум една мярка за преодоляване на всеки от идентифицираните рискове, т. е. наличието на посочените мерки подлежи на оценка. Друг е въпросът с какво формалното наличие на една мярка ще допринесе за по-качественото изпълнение на обществената поръчка и по какви обективни критерии оценителната комисия следва да преценява това.

Бенефициентът възразява срещу констатациите на УО, че с Показателя П1 е допуснато оценяване на пълнотата и начинът на представяне на информацията, в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 ППЗОП с аргумент, че възложителят не е посочил, че съответната информация трябва да се предостави по определен начин или вид, за да се присъдят точки. Това твърдение не отговаря на фактическата обстановка и считам, че не следва да бъде прието. На оценка съгласно утвърдената методика подлежи от една страна наличието на минималното съдържание съгласно изискванията на възложителя и неговата последователност, и описанието и разпределението на отделните задачи между експертите - кой какво ще прави, от друга страна, което по своята същност представлява оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията. Оценява се „дефиниране на задължения“, „описание

на мерки за контрол и на начини за осигуряване на качеството “ и др., т.е. оценява се подробността и начина на представяне на описанието „на ниво отделна задача“, дейност, мярка за контрол, а не на конкретни качествени характеристики на офертите по чл. 70, ал. 4 ЗОП, които да обосноват по-добро качество на предложението и на очакваното изпълнение.

След получаване на становището от бенефициента, е представен мотивиран доклад рег. № 93-00-184#с 66/21.03.2022 г. до ръководителя на УО, с който е предложено да бъде отхвърлено искането на бенефициента.

УО не приема направените възражения от страна на бенефициента, като неоснователни. Извършеното от възложителя не е в съответствие и е в нарушение на чл. 70, ал. 4, ал. 5, изречение последно, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. „б“ ЗОП и чл. 33, ал. 1, изречение второ от ППЗОП.

За всяко от посочените нарушения са налице всички елементи от фактическия състав на определението за нередност по смисъла на чл. 12.2 от Регламент за изпълнението на НФМ 2014-2021 г., а именно:

1. нарушение на правната рамка на НФМ 2014-2021 или на всякакви разпоредби на националното право на държавата бенефициер, свързани с прилагането му - допуснато е нарушение на: чл. 70, ал. 4 ЗОП (включен е недопустим показател за оценка), чл. 70, ал. 5, изречение последно от ЗОП (дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция), чл. 70, ал. 7, т. 1 ЗОП (не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация), чл. 70, ал. 7, т. 2 ЗОП (не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите) и т. 3, б. „б“ от същия член (за качествени показатели, които са количествено неопределими, не се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка,

2. което засяга който и да е етап от изпълнението на НФМ2014-2021 в държавата бенефициер, в частност, но не само изпълнението и/или на бюджета на която и да е програма, проект или други дейности, финансирани от НФМ 2014-2021 - сумата, с която е ощетен бюджетът на Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021 вследствие на незаконосъобразно проведената открита процедура, по-специално на посоченото незаконосъобразно действие на възложителя, съставляващо елемент от фактическия състав на нередността, което е създадо възможност за настъпване на потенциална (евентуална) вреда в бюджета на Програмата. Естеството на извършените нарушения - определяне на ограничителни (без надграждащ характер) и недопустими (оценката на рисковете) изисквания в критерия за възлагане по показател П1 не позволява да бъде определена точната сума, с която е засегнат бюджета на програма „Правосъдие“. В настоящият случай конкретният размер на финансовото въздействие не може да бъде изчислен въз основа на брой потенциални участници, които са били разубедени от участие, поради неясни и ограничителни условия. Достатъчно е, че е установена създадената възможност от засягане, предвид задължението на бенефициента да разходва средствата по проекта от бюджета на програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021 законосъобразно и в съответствие с принципите на добро финансово управление, при спазване на принципите на прозрачност, недискриминация, равно третиране и правна сигурност. Освен това, самото създаване на възможност за оценка на офертите в нарушение на свободната и равнопоставена конкуренция закономерно води до евентуално засягане на бюджета на Програмата.

3. причинно-следствена връзка между деянието (незаконосъобразно действие на възложителя) и настъпилата вреда: с посочените неясни и субективни елементи на оценка по показателя П1 от методиката за оценка на офертите, единият от които е и недопустим показател за оценка на качеството, се възпрепятства участието на по-широк кръг потенциални участници и се опорочава изборът на икономически най-изгодната оферта. Липсата на обективни критерии за наличието на надграждащи елементи спрямо минималните изисквания на възложителя, които да могат да бъдат сравнени и обективно оценени, разубеждава част от потенциалните участници от една страна и не дава възможност да се оцени обективно нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, изразяващо се в степента на повишаване на качеството на предложеното изпълнение над минимално изискуемото от друга страна.

При така изложената фактическа обстановка било издадено и проценното Решение № ЛС-04-231/31.05.2022 г. на Ръководителя на Програмния оператор на Програма „Правосъдие“ на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021, с което е наложена финансова корекция в размер на 10% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор за възлагане на обществена поръчка с рег. № 761 от 22.01.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „ИНТЕГРА“, финансиран по Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021, на основание т. 11 от Приложение към Решение на Комисията от 14.05.2019 г. за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки.

По допустимостта на жалбата:

Оспореният административен акт не попада в рамките на приложното поле на ЗУСЕФСУ. Съгласно чл.1, ал.1, т.1 от с.з. предмет на закона е определяне на националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Съгласно чл.1, ал.2 от закона средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове са средствата от 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, предоставени по програми на Република България. За средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. Между включените от законодателя фондове не са средствата, предоставяни от И., Л. и Н. в изпълнение на Финансовия механизъм на ЕИП.

Република България е член на Европейското икономическо пространство съгласно Споразумение за участието на Република България и Румъния в Европейското икономическо пространство, ратифицирано със закон, обнародван в ДВ, бр.13/2008г., като самото споразумение е обнародвано в ДВ, бр. 19/06.03.2012г., в сила за Република България от 09.11.2011г.

В чл. 5 от Протокол 38б от Споразумението между Европейския съюз и И., Л. и Н., Република България е посочена като бенефициер наред с други страни - членки на ЕС. В изпълнение на чл.8, §2 от Протокола между Република България, И., Л. и Н. е сключен Меморандум за разбирателство относно изпълнението на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021г., ратифициран със закон, обнародван в ДВ бр.8 от 24.01.2021г., в сила от 24.01.2021г.

Правната рамка на Норвежкия финансов механизъм е определена в чл.2 от Меморандума и обхваща споразумението между Кралство Н. и Европейския съюз относно Норвежкия финансов механизъм 2014-2021, Регламент за изпълнение на

Норвежкия финансов механизъм 2014-2021, изготвен от Н. в съответствие с чл.10.5 от Споразумението, програмните споразумения, които ще се сключват за всяка програма и насоките за изпълнение, приети от Норвежкото министерство на външните работи в съответствие с Регламента.

В актовете, включени в правната рамка на ФМ на ЕИП, не се съдържа забрана за съдебно оспорване на актовете, с които се налагат финансови корекции по програмите, финансирани от ФМ на ЕИП. Съгласно чл.12.7 на Регламента за изпълнение на Финансовия механизъм Държавата бенефициер създава механизъм за оплаквания, който да може ефективно да обработва и да взема решения по оплаквания за подозирано неспазване на принципите на добро управление във връзка с изпълнението на Финансовия механизъм на ЕИП 2014-2021 г. в съответната държава бенефициер. При поискване от Комитета на финансовия механизъм, държавата бенефициер проверява оплакванията, получени, от Комитета на финансовия механизъм. При поискване, държавата бенефициер информира Комитета на финансовия механизъм за резултатите от тези проверки. Освен това чл.120, ал.2 от Конституцията на Република България гарантира на всички правни субекти правото да оспорват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон. Видно от анекс А на Меморандума за разбирателство относно Дирекция Ц. в Администрацията на Министерски съвет е орган по нередностите, а анекс Б е посочена рамката за изпълнение, б. В „Правосъдие“ с фиксиран програмен оператор Министерство на правосъдието. С оглед на това техните актове са актове на административен орган по смисъла на § 1, т. 1 от ДР на АПК. Когато акт, издаден от орган, натоварен с изпълнението на ФМ на ЕИП, засяга права или законни интереси на съответния правен субект, правото му на съдебна защита е гарантирано от Конституцията. В този смисъл оспореният в настоящото производство административен акт подлежи на проверка за законосъобразност на основанията, предвидени в чл.146 от АПК.

Оспореният административен акт е връчен надлежно на жалбоподателя на 31.05.2022г., жалбата е депозирана в АССГ с № 22149/13.06.2022 г., т.е. в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

При така установената фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи:

Съгласно чл. 147, ал. 1 от АПК право да оспорва административния акт има лицето, чиито права, свободи или законни интереси са нарушени или застрашени от него или за които той поражда задължения.

В тази връзка съдът счита, че жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който е индивидуален административен акт и подлежи на обжалване пред съд. Жалбата срещу него е подадена в срок, от което следва да се приеме, че жалбата е подадена в 14-дневния преклузивен срок и е допустима.

Оспореният акт е издаден от компетентен орган и в рамките на своята компетентност. Относно процесуалната законосъобразност.

Оспореното решение е издадено в изискуемата форма съгласно чл. 59, ал. 2 от АПК /писмена форма/.

Съгласно чл.168, ал.1 от АПК, съдът не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, на основание чл. 5.6, т. 1, б. „х“ и б. „ц“, чл. 8.15 и чл. 12.1, т. 1 във връзка с чл. 12.2 от Регламент за изпълнението на НФМ 2014-2021 г. приет на 23.09.2016 г. от Норвежкото министерство на външните работи съгласно чл. 10.5 от Споразумението между Кралство Н. и Европейския съюз за финансов механизъм на Н. за периода 2014-2021 г., във връзка с Меморандума за разбирателство относно изпълнението на НФМ 2014-2021, сключен на 09.12.2016 г. между Република България и Кралство Н., ратифициран със закон на Народното събрание на Република България и обнародван в „Държавен вестник“ (бр. 8/2017 г.) с Указ № 20/2017 г. за Президента на Република България и Програмното споразумение от 23.05.2018 г., подписано между Националното координационно звено (Дирекция „Централно координационно звено“ в Администрацията на Министерския съвет) и Норвежкото Министерство на външните работи, т. 11 от Приложение към Решение на Комисията от 14.05.2019 г. за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки, Раздел 17 „Нередности“ и Раздел 18 „Финансови корекции“ от Системи за управление и контрол на изпълнението на Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021, утвърдени на 29.03.2021 г. от ръководителя на ПО и Заповед № ЛС-04-105/15.02.2022 г. на Министъра на правосъдието.

Решение № ЛС-04-231/31.05.2022 г. за определяне на финансова корекция е издадено от Главния секретар на Министерство на правосъдието и ръководител на ПО на Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021, съгласно Заповед № ЛС-04-105/15.02.2022 г. на министъра на правосъдието - приложено към делото заверено „вярно с електронно подписания оригинал“.

Актът е издаден в изискуемата съгласно чл. 73, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) форма, като в хода на производството по издаване на административния акт са спазени административнопроизводствени правила. Преди постановяването на акта с писмо рег. № 93-00-184/20/19.11.2021 г. ръководителят на ПО е осигурил възможност на бенефициента да представи в двуседмичен срок своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, както и да приложи доказателства. В срока е постъпило възражение рег. № 93-00-184#52/20/08.12.2021 г. от гл. комисар И. Й. - главен директор на Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“ (приложено по делото), което е обсъдено в мотивиран доклад до ръководителя на ПО с рег. № 93-00-184#66/20/21.03.22 г.

В решението за определяне на финансовата корекция подробно са обвързани установените нередности с нарушените материалноправни предписания на чл. 70, ал. 5, изречение последно от ЗОП (дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция), чл. 70, ал. 7, т. 1 ЗОП (не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация), чл. 70, ал. 7, т. 2 ЗОП (не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите) и т. 3, б. „б“ от същия член (за качествени показатели, които са количествено неопределими, не се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка), и чл. 33, ал. 1, изречение второ от ПЗЗОП, като оценяването на организацията за изпълнение на поръчката по своята същност е оценяване на

пълнотата и начина на представяне на информацията в предложението за изпълнение. Включеният в методиката показател за оценка на офертите П1 е незаконосъобразен: Задължителните компоненти по своето същество са минимални изисквания на възложителя към техническото предложение, като в методиката е предвидено при наличието им да се присъждат точки. Присъждането на точки за съответствие на офертите с минималните изискванията на възложителя е неправилен и незаконосъобразен подход. Оценка за съответствие на офертите с минималните изисквания на възложителя се извършва на етап оценка на техническото предложение, на който етап би следвало комисията да направи съпоставка и да оцени съответствието на всяка допусната до този етап оферта с минималните изисквания на възложителя. Офертите, които не отговарят на минималните изисквания следва да бъдат отстранени от участие в следващия етап - оценка на офертите по избрани критерии за възлагане. В този смисъл е необосновано на етап оценка чрез методика отново да се оценява съответствието на офертите с минималните изисквания. Така нар. „надграждащи елементи“ бенефициентът не е мотивирал по какъв начин същите надграждат минималните изисквания, а само е посочил „в методиката е въведена ясна схема на оценяване, както и конкретно и детайлно е посочено при наличие на какви обстоятелства следва да се счита, че предложението само отговаря на минималните изисквания, или надгражда по определен начин тези минимални изисквания.“ Липсата на предварително дефиниране по какъв начин следва да надграждат минималните изисквания води до невъзможност за обективно сравняване на получените оферти. В съответствие с чл. 70, ал. 5 и ал. 7 ЗОП възложителят е следвало да определи критерии по отношение на качеството, както и на броя на предложените мерки, така че да е ясно с какви конкретни елементи съответните мерки биха надградили минималните изисквания на техническата спецификация и същите следва да са предварително известни на потенциалните участници. За надграждане не би могло да се счете пълнотата на представяне на информацията в офертата по отношение организацията на екипа, както и начинът на представянето на тази информация. От протоколите и доклада от работата на оценителната комисия не става ясно по какви обективни критерии комисията е преценила, че предложената в единствената допусната до оценка оферта организация на екипа не просто отговаря на минималните изисквания на техническата спецификация, а ги надгражда. Посочено е единствено „предложени са мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството“, предвид който извод участникът е получил максималния брой точки по показател П1 „Организация за изпълнение на поръчката“. Не е посочен броят на предложените мерки, нито по какъв начин същите допринасят за осигуряване на качеството на изпълнение на поръчката. Пълното съответствие с изискванията на спецификацията е условие за допускане до оценяване на офертите на следващ етап. Т.нар. „надграждащи елементи“ нямат такъв характер. Те са част от минималното съдържание на техническото предложение в частта за описанието на подхода за изпълнение.

Като „надграждащ елемент“ е предвидено да се оценява „Дефинирани са задълженията и отговорностите на експертите, на които ще бъде възложено нейното изпълнение“ и „предложени мерки за вътрешен контрол и начини за осигуряване на качеството по време на изпълнение на услугите по договора“. Липсват ясни и точни критерии, условия, на които следва да отговарят мерките, включително за тяхното естество и брой, начина, по който да надграждат минимално изискуемото изпълнение съгласно Техническата спецификация. Възложителят е допуснал липса на

предвидимост и точна измеримост по отношение на присъждането на максимален брой точки по показател П1. Едни и същи точки могат да бъдат присъдени за най-различни предложени мерки, едни от които действително надграждат, а други - не минималните изисквания, така както съответните участници и членовете на комисията ги разбират.

В разглежданата методика на практика се оценява разпределението на експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, т. е. оценява се подробността на описанието „на ниво отделна задача“, а не на конкретни качествени характеристики на офертите по чл. 70, ал. 4 ЗОП.

Видно е, че в методиката липсват и допълнителни указания по какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката. Когато в описаните надграждащи обстоятелства не са налице указания или поясняващи критерии по какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението, които да дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, то такива методики не могат да се сметат за законосъобразни/така и решение № 3047 от 28.02.2019 г. по адм. дело № 13941/2018 г. на ВАС/.

В случая, методиката е изградена чрез присъждане на точки в зависимост от пълнотата на описанието на предложенията. От заключението на оценителната комисия, че „предложението отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително изискуемите елементи и в своята последователност, гарантира навременното и спрямо изискванията на техническата спецификация постигане на резултати...“ е видно, че е оценявана пълнотата и начина на представяне на информацията, в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 ППЗОП.

Доводите, изложени в жалбата за липса на нарушение на ЗОП, следователно за липсата на нередност са несъстоятелни.

Приложимият в конкретния случай регламент е Регламент за изпълнението на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 г., приет на 23.09.2016 г. от Норвежкото министерство на външните работи съгласно чл. 10.5 от Споразумението между Кралство Н. и Европейския съюз за финансов механизъм на Н. за периода 2014- 2021 г., а видовете нередности и съответния им размер на финансови корекции се определят съобразно Приложение към Решение на Комисията от 14.05.2019 г. за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки. В процесния случай при издаването на решението за определяне на финансова корекция правилно е прието, че са били налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на Регламент за изпълнението на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 г. и в този смисъл фактическият състав е бил изпълнен. Разгледаните елементи на нередността в акта за определяне на финансова корекция, са правилно посочени и обосновано изведени.

В разглежданата методика на практика се оценява разпределението на експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача, а не на конкретни качествени характеристики на офертите по чл. 70, ал. 4 ЗОП. Липсват допълнителни указания по

какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката. Когато в описаните надграждащи обстоятелства не са налице указания или поясняващи критерии по какъв начин ще се преценява наличието или липсата на допълнително качество на изпълнението, които да дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите в частта организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, то такива методики не могат да се сметат за законосъобразни.

Към случаите на показатели за оценка, които не допринасят за избор на най-доброто предложение е и оценката на рисковете, като този показател е недопустим показател за оценка съгласно чл. 70, ал.4 ЗОП.

Начинът на определяне на оценката по показател П1 е в нарушение на: чл. 70, ал. 4 ЗОП (включен е недопустим показател за оценка), чл. 70, ал. 5, изречение последно от ЗОП (дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция), чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП (не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническата спецификация), чл. 70, ал. 7, т. 2 ЗОП (не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите) и т. 3, б. „б“ от същия член (за качествени показатели, които са количествено неопределими, не се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка). По този начин се създават предпоставки за неравно третиране на участниците, необосновано даване на предимство или необосновано ограничаване на стопански субекти в обществената поръчка(нарушение на чл. 2, ал.1 и ал. 1 от ЗОП.) Нарушена и разпоредбата на чл. 33, ал. 1, изречение второ от ППЗОП, като оценяването на организацията за изпълнение на поръчката по своята същност е оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в предложението за изпълнение.

Както националното законодателство, така и Регламент за изпълнението на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 г., приет на 23.09.2016 г. от Норвежкото министерство на външните работи съгласно чл. 10.5 от Споразумението между Кралство Н. и Европейския съюз за финансов механизъм на Н. за периода 2014-2021 г., законодателството на Съюза, в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент 1083/2006, с оглед чл. 152 от Регламент 1303/2013, не поставят като изискване единствено наличие 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 точното финансово изражение. Съгласно т.1.1 от Приложение към Решение на Комисията от 14 май 2019 г. за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки нередността може да бъде точно определима или не.

Финансовото въздействие на дадена нередност е точно определено, ако след разглеждането на отделните случаи е възможно да се изчисли точният размер на разходите, които погрешно са декларираны пред Комисията за възстановяване; в тези случаи финансовата корекция трябва да бъде точно изчислена.В случая на нередности при възлагане на обществени поръчки не е възможно да се определи с точност финансовото въздействие поради естеството на нередността. Следователно в тези

случаи се прилага корекция с единна ставка по отношение на засегнатите разходи, като се отчитат естеството и сериозността на нередностите в съответствие с определените в точка 1.4. критерии.

Това разбиране следва и от буквалното систематично тълкуване на разпоредбата на чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013, 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. Самото създаване на възможност за субективна оценка води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на ЕС и на Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021, поради допусната незаконосъобразност, която създава предпоставка за неподаване на икономически най-изгодни оферти и съответно възпрепятстване избора на по-конкурентна оферта от тази на избрания изпълнител, с което възниква и потенциалната вреда. Ако не бяха възпрепятствани евентуални участници с по- конкурентни оферти, общите разходи по финансиране на дейностите биха могли да бъдат по- ниски, а от там и разходите по бюджета на Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021 биха били по-малки.

В случая от съществено значение е създаването на предпоставка част от потенциалните участници, които биха могли да изпълнят обществената поръчка качествено и в съответствие с нормативните изисквания да не участват, т.е да са разубедени и възпрепятствани от участие, независимо че не е възможно да се докаже конкретно колко от потенциалните участници са се отказали от участие поради незаконосъобразните и субективни елементи в показател П1 и дали техните технически и ценови предложения биха отговаряли в по-висока степен на потребностите и изискванията на възложителя. При издаването на Решението е изследвано и, че потенциалното финансово отражение не може да бъде изчислено реално, в частност върху изразходваните средства - допустими разходи по договора, следователно в случая се прилага корекция с единна ставка по отношение на засегнатите разходи.

С оглед изложеното, налице е финансово отражение, предвид законоустановената цел бюджетните средства да бъдат разходвани законосъобразно и ефективно. Нередността е основание за определяне на финансова корекция, т. е. финансовата подкрепа със средства от Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021 да бъде отменена изцяло или частично с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички сертифицирани разходи са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство.

Нарушението засяга важни обществени отношения, свързани с разходването на публични средства, което води до засягане на основните принципи в чл. 2, ал. 1 от ЗОП при възлагане на обществените поръчки, а именно на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, както и на свободна конкуренция, което от своя страна води до невъзможност да бъде постигната целта на ЗОП - ефективност при разходването на публични средства.

С оглед на изложеното и оспореното решение се явява законосъобразно, поради което и жалбата следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора на ответника следва да се присъдят разноските в производството на осн. чл.143 от АПК във вр.чл.78 от ГПК в размер на 150лв. за юрисконсултско възнаграждение.

Така мотивиран, Административен съд С. - град, III-ро отделение – 36-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“, представлявана от гл. комисар И. Й. - Главен директор на ГД „Изпълнение на наказанията“, с адрес на управление и кореспонденция: [населено място], [улица], против Решение № ЛС-04-231/31.05.2022 г. на Главния секретар на Министерство на правосъдието и Ръководител на Програмния оператор на Програма „Правосъдие“ на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 (НФМ 2014-2021) за приключване на процедура за администриране на нередност с установяване на нередност и определяне на финансова корекция по административен договор за безвъзмездна финансова помощ (ДФП) № 93-00-27/29.01.2020 г. за изпълнение на проект „Осигуряване на сигурна и безопасна материална среда в затворите и арестите“, финансиран по Програма „Правосъдие“ на НФМ 2014-2021, с което е определена финансова корекция в размер на 10% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор за възлагане на обществена поръчка с рег. № 761 от 22.01.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „ИНТЕГРА“.

ОСЪЖДА Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“, представлявана от гл. комисар И. Й. - Главен директор на ГД „Изпълнение на наказанията“, с адрес на управление и кореспонденция: [населено място], [улица], да заплати на Министерство на правосъдието сумата от 150 лв. разноски в производството.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му, пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: