

РЕШЕНИЕ

№ 391

гр. София, 22.01.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 17.12.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **4347** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Образувано е по жалба, подадена от Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ - БАН – [населено място], представлявано от директора доц. А. И., срещу Решение № 0901–15/30.04.2020г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор с рег. инд. ЗОП № 7/25.09.2018г. с изпълнител [фирма].

В с.з. жалбоподателя, чрез процесуален представител поддържа жалбата на наведените в нея основания.

Ответникът, чрез процесуален представител, заявява неоснователност на жалбата и постановяване от съда на решение, с което същата да бъде отхвърлена.

Представител на СГП, редовно уведомени, не се явява.

По фактите.

Институт по роботика - Бан е бенефициент по административен договор № BG05M20P001-1.002-0006-C04. във връзка, с който е проведена обществена поръчка чрез събиране на оферти по обява по ЗОП с предмет: Външни услуги по осигуряване публичност и визуализация на проект BG05M20P001-1.002-0006”. Сключен е договор

по ЗОП №7/25.09.2018г. с изпълнител [фирма] на стойност 19 805лв. без ДДС, финансиран по Оперативна програма НОИР 2014-2020.

При проверката от страна на административния орган е констатирано нарушение по провеждането на ОП, изразяващо се според органа в използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на чл.10 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ, в сила от 23.08.2019г., но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

В писмото за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция с рег. № ВС05М2ОР001-1.002-0006-С04-М169/12.12.2019 г. е констатирано и подробно изложено, че Възложителят е одобрил методика за оценка на офертите, като частта по показател „Организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката" противоречи на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. който забранява пълнотата и начинът на представяне на информация в документите да се използва като показател за оценка на офертите. Видно от посоченото в методиката в скалата за оценка е предвидено, че техническото предложение ще надгражда минималните изисквания на възложителя, в случай че за всяка от дейностите е показано: описани задачи, които е необходимо да се изпълнят от страна на персонала на участника за качествено и срочно изпълнение на възложените услуги; за всяка от отделните задачи е дефиниран необходимия човешки ресурс; описан е контролът върху изпълнението на отделните задачи и изпълнението; посочени са организационни мерки - по преценка на участника, които са

описани като вид, обхват и съдържание и тяхното включване ще доведе до повишаване качеството на изпълнение на поръчката.

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

А. Участникът е предложил организация на персонала, посочил с как се разпределят отговорностите и дейностите между тях;

Б. Участникът с предложил начини за осъществяване на комуникация с възложителя:

По този начин Методиката за оценка предвижда по показател „Организация и професионална компетентност на персонала, 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 според тълкуването, което органа е дал в мотивите на решението на чл. 33, ал. 1. изр. второ от ППЗОП не може да се използва като показател за оценка на офертите. Мотивите му са свързани с това, че 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 к 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 описания показател. Съгласно утвърдената методика за оценка възложителят е предвидил точките по показателя да

се присъждат въз основа на петстепенна скала за оценяване, както следва - 1,5, 10, 15 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 5, 10, 15 или 20 точки освен покриване на минималните изисквания, е предвидено предложението на участника да допълни минималните изисквания съответно с 1,2,3 или 4 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; 5 точки, ако към минимално заложените изисквания е налице само едно от посочените 4 бр. допълващи компонента; респ. 10 точки, ако към минимално заложените изисквания са налице 2 от 4-те допълващи компонента, съответно 15 т., ако към минимално заложените изисквания са налице 3 от 4-те бр. допълващи компонента и максимален брой 20 т., в случай че са налице всички посочени 4 допълващи компонента. От така заложената скала за оценяване се установява, че съгласно утвърдената методика ще бъде оценявано с по-голям брой точки предложението 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 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.

В допълнение, административния орган е посочил, че съгласно чл. 70. ал. 7. т. 2 от ЗОП, възложителят посочва в документацията методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, който трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Видно от гореописаната методика, такава възможност не е налице, тъй като в случая в разрез с чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП ще се оценява пълнотата и начинът на описание на организацията на работния процес на екипа по изпълнение на услугата, като по-голям брой точки ще бъдат присъдени за по-подробно и детайлно описание на работния процес в сравнение с описанието на организацията на работа според минималните изисквания. Допълнителен аргумент в тази насока, според органа е и възможността да се присъждат по-голям брой точки когато са посочени „други организационни мерки", които ще доведат до повишаване качеството на изпълнение на поръчката" (четвърти допълващ елемент). Този субективен елемент на оценяване на нещо „друго", извън посоченото от възложителя, което по субективната преценка на всеки участник би довело до повишаване на качеството на изпълнение на

поръчката, дава възможност за допълване на техническото предложение в офертата с различни по естеството си „организационни мерки“, които могат да бъдат обективно несъпоставими с тези, посочени от другите участници, доколкото последните може да предложат други мерки, които според тяхното субективно усещане ще доведат „до повишаване качеството на изпълнение на поръчката“, т.е. налице е обективна невъзможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, което се проявява като ограничаващо достъпа им до конкретната процедура. В този смисъл критерият за възлагане е незаконосъобразен, а това е предпоставка за ограничаване на достъпа на участниците и води до нарушаване на принципа за свободна конкуренция.

С тези мотиви, органа е приел, че в резултат на описаното нарушение на чл. 33. ал. I. изр. второ от ППЗОП във връзка с чл. 70. ал. 7. т. 2 от ЗОП. чрез незаконосъобразна методика за оценка, в документацията за участие са формулирани неправомерни критерии за възлагане, чрез които потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1. т. 2 от ЗОП.

Залагането в методиката на неправомерни показатели за оценка ограничава кръга на потенциалните участници, следователно не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Съгласно чл. 2. параграф 36 от Регламент № 1303/2013. нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица нанасянето на вреда" сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Тази потенциална възможност е налице, защото е използван незаконосъобразен показател за оценка.

Установеното е в нарушение на чл. 33, ал. I. изр. второ от ППЗОП и чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП. във връзка с чл. 2. ал. 1. т. 2 от ЗОП. за което е стартирана процедура по определяне на финансова корекция по пропорционалния метод на основание чл. 5 от горепосочената Наредба и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, като е изложил и конкретни мотиви във връзка с определянето ѝ.

По приложимото право.

Управляващият орган на ОПНОИР, като един от органите за управление и контрол на средствата от ЕСИФ (по смисъла и на чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ) отговаря за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. В този смисъл УО на ОПНОИР, изпълнява редица дейности, съблюдавайки спазването на принципа за добро финансово управление, като една от тях е административни проверки по отношение на всяко искане за възстановяване, подадено от бенефициентите, в т.ч. и извършване на проверки за законосъобразност на проведенния избор на изпълнител и сключения в резултат на това договор, като действа обективно и безпристрастно в рамките на законоустановените си правомощия и при спазване нормите на Раздел III от

ЗУСЕСИФ. Следователно оспорения акт е издаден от компетентен орган ,в рамките на неговите правомощия и при спазване на процедурата по налагане на финансова корекция. Съгласно чл. 143 параграф 2 от горепосочения регламент, държавите-членки носят отговорност за разследване на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Финансовите корекции се изразяват в отмяната на всички или на част от публичния принос за дадена операция или оперативна програма. В този смисъл е и разпоредбата на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, според която за констатирани нередности, съставляващи нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от този закон, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ се отменя или намалява чрез извършването на финансова корекция. Именно тази разпоредба е посочена като основание за налагане на финансовата корекция на ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА при БАН.

На първо място в жалбата е наведено основание за неприложимост на описаната в Решение правна норма от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ, в сила от 23.08.2019г., доколкото разглежданата процедура е обявена на 05.09.2018г, а финансовата корекция е извършена по реда на новата редакция. Това възражение е неоснователно, тъй като съответствието на административния акт с материалния закон, съобразно правилото на чл.142, ал.1 от АПК, се преценява към момента на издаването му.

На следващо място, по същество на спора, съдът намира, че в настоящия казус той се свежда до правилното приложение на материалния закон ЗУСЕСИФ във връзка с твърдяно нарушение на чл.33 ал.1 от ППЗОП.

Този съдебен състав не споделя изводите на управляващия орган изложени по приложението на чл.33 ал.1 от ППЗОП. Формулираните от жалбоподателя в Методиката параметри по ТО не се отнасят до пълнотата и начина на представяне на документите, а имат отношение към начина на изпълнение на задачите по ОП - така по т. 1 в скоби е дадено пояснение, което има отношение именно към изпълнението, а не към съдържанието на документите, тъй като се отнася до проследяване на изпълнението от един/група експерти чрез ясно дефинирани начало и край и измерими резултати. Посредством въведените критерии са зададени точно определени изисквания и характеристики, които се оценяват според степента на съответствие с изискванията на възложителя. Правилата за оценяване са валидни за всички потенциални участници, поради и което не е допуснато нарушение при одобряване на Критериите за възлагане и определяне на начина на оценяване, респ. не е налице нарушение на чл. 2, т. 2 от ЗОП, а именно на свободната конкуренция. Жалбоподателя е посочил ясно начина за оценяване офертите на участниците по посочения показател ТО с конкретни стойности. Още в този начален етап на процедурата , потенциалните участници са били наясно и сами избират на колко допълнителни изисквания да отговорят ,за да получат максималния брой точки и предложението им да бъде

избрано .

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗОП икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на един от следните критерии за възлагане, посочени в т. 1-3, като в т. 3 като критерий е заложено оптималното съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка. Съгл., ал. 4, т. 2 на цитираната разпоредба показателите, включени в критерия по, ал. 2, т. 3, могат да съдържат организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката. Случаят е именно такъв, доколкото предметът на ОП са административно-технически услуги, т.е. персоналят е най-важният елемент за качествено изпълнение на ОП. Следователно не се касае до пълнота на информацията във въпросните Критерии за възлагане, а до показатели, които са в съответствие с предмета на поръчката и с разпоредбите на чл. 70 от ЗОП. Начинът за определяне на оценката по всеки показател е в съответствие с чл. 70, ал. 7 от ЗОП, тъй като дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; както и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. В заключение разписаната скала за оценка, която е в пет стъпки, дава възможност да се оценят предложеното изпълнение, което отговаря на минималните изисквания на възложителя, посочени в техническото задание и надграждането им с едно, две, три и повече обстоятелства. Това техническо предложение, което съдържа надграждане с повече обстоятелства, предоставени на преценката на изпълнителя, би получило повече точки от останалите, поради относимостта му към изискванията на възложителя. По този начин възложителят не е поставил акцент върху пълнотата и начинът на представяне на информацията в предложението, а върху качеството на крайните резултати, доколкото те са свързани с повишаване на качеството на изпълнение. Изборът на критерий за оценка е изцяло в оперативната самостоятелност на възложителя, който при пълно съобразяване на чл. 33 ал. 1 от ППЗОП е предвидил оценяване на резултатите от предложението. Изводът е, че не е допуснато нарушение по чл. 33, ал. 1 ППЗОП.

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

С тези мотиви ,съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба, подадена от Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“- БАН – [населено място], представявано от директора доц. А. И. - Решение №

0901–15/30.04.2020г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор с рег. инд. ЗОП № 7/25.09.2018г. с изпълнител [фирма].

Решението подлежи на обжалване пред ВАС в 14-дневен срок от съобщението.

СЪДИЯ: