

РЕШЕНИЕ

№ 2189

гр. София, 02.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 78 състав,
в публично заседание на 08.02.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Пенка Велинова

при участието на секретаря Александра Вълкова и при участието на прокурора Десислава Кайнакчиева, като разгледа дело номер **9363** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от АПК, във връзка с чл. 73 от ЗУСЕФСУ.

Образувано е по жалба на Агенция "Пътна инфраструктура" против решение за налагане на финансова корекция ФК-16/07.09.2023г. на Ръководителя на УО на ОПТТИ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция в размер на 5% върху стойността на договор рд-37-28/22.12.2021г. с предмет "Определяне на изпълнител на строителството на АМ "Европа" от км. 32+447,20 до км. 48+903", с изпълнител Д. "Европа-2022" на стойност [ЕИК], 45 лв., без ДДС, която има влияние в размер на 1 270 664.22 лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на ОПТТИ и върху размера на сертифицираните разходи към ЕК, и която е разпоредено да бъде възстановена доброволно от А..

Излагат се съображения, че предложената методика за оценка не е незаконосъобразна. Оспорва се твърдението на УО на ОПТТИ за наличие на неясни критерии за присъждане на допълнителни точки, а именно поставеното изискване, съответните описания на дейности и работи включени по т. 1 и т. 2 да бъдат изпълнени по начин „гарантираш изпълнение на дейностите качествено и в посочения срок“, което според УО на ОПТТИ се припокривало с присъждането на базовите 15 точки. Оспорват се твърденията за неяснота и субективност в използваните за минималните и надграждащите условия понятия. Оспорват се и изводите на УО, че одобрената

методика дава възможност за субективизъм при определяне на оценката и че същата била неясна и объркваща. Жалбоподателят се позовава на практиката на Съдът на Европейския съюз: Решение от 10 май 2012 г. по дело С-369/10, Решение от 16 февруари 2012 по дела С-72/10 и С-77/10. Изразено е становище, че не е доказано нарушение на правото на Съюза. В решението липсвали на мотиви, невъзможно било да се определи точното финансово изражение на вредата в конкретния случай и не били налице основания за налагане на финансовата корекция от 5 % върху разходите по засегнатия договор. Не били налице доказателства за всеки от елементите на фактическия състав, съдържащи се в понятието „НЕРЕДНОСТ“. Констатираното нарушение от страна на УО не представлявало нередност, съгласно легалната дефиниция в чл. 2, т. 36 на Регламент на ЕС № 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 г. Не била налице и нанесена вреда на европейските фондове. Дори и да се приемело, че е налице нарушение, то нямало реално или потенциално финансово отражение и следвало да се приложи чл. 6 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 – да се определи финансова корекция по пропорционалния метод, като се прилага нулев процентен показател. Иска се отмяна на решението. Претендира се юрисконсултско възнаграждение и сторените съдебни разноски и такси.

В съдебно заседание представителят на жалбоподателя поддържа жалбата по изложените в невяс съображения.

Ответникът – Ръководител на УП ОПТТИ 2014-2020г. оспорва жалбата по изложените е писмено становище аргументи, които се припокриват с тези в решението. Претендира се юрисконсултско възнаграждение.

Представителят на СГП е изразил становище, че жалбата е неоснователна.

Жалбата е процесуално допустима, като подадена от надлежна страна, в предвидения от закона срок и срещу акт, подлежащ на съдебен контрол.

Разгледана по същество е неоснователна.

Анализирайки събраните по делото доказателства, по отделно и в тяхната съвкупност, съдът приема за установено следното:

Предмет на делото е Решение № ФК-16/07.092023г. на Ръководителя на УО на ОПТТИ, с което на Агенция „Пътна инфраструктура“ [населено място], с което се налага финансова корекция в размер на 5% върху стойността на договор рд-37-28/22.12.2021г. с предмет "Определяне на изпълнител на строителството на АМ "Европа" от км. 32+447,20 до км. 48+903", с изпълнител Д. "Европа-2022" на стойност[ЕИК],45лв., без ДДС, която има влияние в размер на 1270664.22лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на ОПТТИ и върху размера на сертифицираните разходи към ЕК.

Решението се базира на следните факти, установени по време на извършена проверка:

А. е страна по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ №ДОПТТИ-5 от 06.12.2022 г. по ОП "Транспорт и транспортна инфраструктура 2014 - 2020", процедура BG16M1OP001-2.001, по който ѝ се предоставя БФП в размер на[EИК],38лв. за строителството на АМ "Европа" от км. 15+500 до км. 48+903". В изпълнение на този договор А. е провела обществена поръчка с предмет "Определяне на изпълнител на строителството на обект АМ "Европа", от км. 32+447,20 до км.48+903" и е сключила договор със спечелилия участник Д. „Европа 2022“ с №РД 37-28/22.12.2021г.

Управляващият орган /УО/ е започнал процедура за администриране на нередност на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕФСУ и представен окончателен доклад от МФ от извършени проверки по чл. 27, т. 2 от Наредба Н-3 за спазването на процедурите и контролните дейности, обхващащ обществена поръчка с предмет: „Определяне на изпълнител на строителството на обект АМ „Европа“ от км 32+447,20 до км 48+903“, с изпълнител Д. „Европа-2022“ на стойност[EИК],45 лв. без ДДС.

По време на проверката е извършена оценка на Критериите за възлагане на поръчката по чл. 70 от ЗОП, които описват методиката за определяне на изпълнителя. Прието е, че Методиката за оценка на офертите е незаконосъобразна, като неясна и неустановяваща обективни критерии, по които да се оценят офертите. Тези изводи и основанията м са описани в уведомително писмо до А., с които ги уведомяват за резултатите от проверката и основанията за налагане на финансова корекция и размера ѝ №04-25-54/26.07.23г.на М., Дирекция „Координация на програми и проекти“.

Констатирано е, че по подпоказател „Ниво на изпълнение на строителството, предложено във всяка оферта в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации“ се присъждат точки за 2 базови изисквания – общо 15 точки и допълнителни точки по 3 допълнителни подпоказателя – общо 25 точки(10+10+5).

За първите две от тези обстоятелства, даващи допълнителни точки, възложителят въвел неясен критерий, а именно изисквал е гаранция, че съответните описани в тях дейности и работи ще бъдат изпълнени по начин „гарантиращ изпълнение на дейностите качествено и в посочения срок“.

В базовите изисквания било заложено изискване от страна на възложителя, че е „предложена технология на изпълнението на всички работи и дейности, включени в „Количествено - стойностната сметка (К.)“ (Образец М 3.1), необходими за изпълнението на строителството, съгласно изискванията на Възложителя и действащата нормативна база“, което по същество припокривало изискванията посочени в допълнителните надграждащи показатели по т. 1 и 2.

Установено е дублиране на първите два допълнителни критерия за присъждане на допълнителни по 10 точки всеки и тези в поставените базови условия за присъждане

на 15 точки.

Според допълнителното условие по т. 1, за получаване на 10 точки „Техническото предложение трябвало да съдържа „организация, мобилизация и разпределение на използваните от участника технически ресурси (строителна техника и механизация) и човешки ресурси, обвързани с конкретния подход за изпълнение на всички работи и дейности, включени в Количествено - стойностна сметка“. Прието е, че то се дублира на практика с изискването на възложителя, залегнало в т. 1 от базовите изисквания, описано по следния начин: „предложена е технология на изпълнението на всички работи и дейности, включени в „Количествено-стойностната сметка (К.)“.

По т. 2 от базовите условия, като минимално условие към участниците било изискано да представят линеен график за изпълнение, отразяващ последователността и продължителността на всички работи и дейности от К..

В т. 2 от допълнителните изисквания на възложителя, за които били предвидени допълнителни 10 точки било поставено изискване: „Предложен е план за организация по осигуряване (доставяне, складиране, влагане) на материалите, показващ способността за доставяне в съответния срок на материалите, необходими за изпълнението на всички работи и дейности, включени в Количествено - стойностна сметка“.

Констатирано е, че изискването относно организацията за доставяне на строителния материал (складиране, влагане и т.н.), се намира в пряка връзка и зависимост с изискването за навременно изпълнение на линейния график, тъй като съвременната организация за доставка, складиране и влагане на наличните строителни материали са гаранция за изпълнението на предвидените в линейния график дейности в срок.

Прието в, че една и съща информация се изисквала по същество по два различни начина – в базовите и допълнителните критерии. Допълнителните точки се давали за нещо, което трябвало да е изначално изискуемо, съгласно базовите изисквания и нямало придадена стойност към строителството, която да бъде оценена с допълнителен брой точки. Предоставените в методиката указания не давали възможност да се оценят обективно предложенията, доколкото липсвали обективни и измерими критерии за оценката на допълнителните дейности, функционалности и техният краен ефект. Заинтересованите участници не разполагали с информация, при какви и за какви конкретни качествени характеристики на предложенията им, офертите ще получат съответния брой точки. Видно от протоколите, участникът избран за изпълнител "ЕВРОПА - 2022" Д. бил оценен с максимален брой точки (40) по отношение на техническото си предложение. Това означавали, че на практика той получавал веднъж максимален брой точки (15) за покриване на минималните изисквания и втори път 25 точки за покриване на надграждащите изисквания, като на практика две от тях припокривали базовите изисквания. В този случай при коректно зададена методика той не би следвало да получи повече от 20 точки.

Допуснатото е квалифицирано като нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 3, б. „б“ от ЗОП, което попада в обхвата на т. 11, б. „б“ 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 ЗУСЕФСУ, за която е предвидена Финансова корекция в размер на 5% върху разходите по засегнатия договор за обществена Поръчка.

Проверката констатира, че процедурата е обявена по реда на ЗОП и публикувана в Р., и ОВ на ЕС, т.е. има трансграничен ефект, че в нея са подадени 10 броя оферти, отстранени са 7 оферти и класирани и оценени - 3 оферти.

Изготвено е писмо изх. № 04-25. 16.07.2023 г., на Ръководителя на УО, за уведомяване на бенефициента за констатираното нарушение, както и основанията и размера на предвидената санкция, в което са описани всички горепосочени обстоятелства и е даден срок от две седмици да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция .

Представено е възражение по основателността и размера на финансовата корекция с писмо вх. № 04-25-54/08.08.2023 г. (А., изх. № 04-18-152/08.08.2023 г.).

Възражението е отхвърлено и въз основа на писмените доказателства, събрани в проверката е издадено обжалваното решение за налагане на финансова корекция. В него са възприети и описани изцяло гореописаните факти и квалификация, установени по време на проверката. Обсъдени са възраженията на агенцията и са отхвърлени с мотиви, идентични с тези, описани в писмото, с което се уведомява за констатираната нередност. Решаващият орган възприема, както фактите, установени при проверката, така и правната квалификация за допуснатото нарушение по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, което е основание за извършване на финансова корекция, тъй като е налице нарушение на чл. 70, ал. 7, т.3, б. „б“ от ЗОП.

С тези мотиви и на основание чл. 73, ал. 1, вр. с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, за констатираното по-горе нарушение по т. 11, б. „б“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ е определена Финансовата корекция по пропорционалния метод в размер на 5% от стойността на договор № РД-37-28/22.12.2021 г., с предмет „Определяне на изпълнител на строителството на обект АМ „Европа“ от км 32+447,20 до км 48+903“, с изпълнител Д. „Европа-2022“ на стойност 222 466 239,45 лв., без ДДС, Постановява се, че Финансовата корекция по договор има влияние в размер на 1 270 664.22 лева върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и влияние в размер на 1 270 664.22 лева върху размера на сертифицираните разходи към Европейската комисия. Разпорежда се, на основание чл. 42, ал. 1 и чл. 43, ал. 1 от Наредба Н-3 от 22.05.2018 г. на Министерството на финансите, сумата по финансовата корекция, в размер на 1 270 664.22 лева, представляваща верифицирана и изплатена безвъзмездна финансова помощ, да се възстанови доброволно от бенефициента Агенция „Пътна инфраструктура“ на Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“.

Описаните факти се установяват изцяло и непротиворечиво от писмените доказателства по делото.

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

Жалбата е подадена в срока по чл. 140, ал. 1 от АПК и, срещу акт, подлежащ на оспорване по съдебен ред, от надлежна страна, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество е неоснователна.

С оспорения акт органът определя финансова корекция за допусната от Агенцията - бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ, нередност.

Обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган – Директор на Дирекция "Координация на програми и проекти" при М. и ръководител на ОПТТИ 2014-2020. Съгласно чл. 51 от Устройствения правилник на М., Дирекция "Координация на програми и проекти", изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Транспорт" и Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура", като управлява Оперативна програма "Транспорт" 2007 - 2013 г. и Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" 2014 - 2020 г., отговаря за изпълнението на одобрените правила и процедури за подбор на проекти; упражнява наблюдение и контрол върху проектите и бенефициентите в рамките на Оперативна програма "Транспорт" и Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура"; отговаря за финансовото управление; гарантира допустимостта на разходите; управлява риска за изпълнение на целите на програмата и осигурява превенция и администриране на нередности. Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.

Обжалваният акт е издаден в предвидената от закона форма – писмена, с посочване на правни и фактически основания за постановяването му и при липса на съществени процесуални нарушения. Няма основание да се приеме, че актът е издаден при превратно упражнение на власт.

При преценка на съответствието на акта с материалния закон, съдът съобрази следното: Нормата на чл. 70. (1) от ЗУСЕФСУ предвижда, че финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на определени основания, едно от които е това по т. 9 - за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП в документацията на обществената поръчка възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите

спецификации (т. 1); да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите (т. 2); да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател (т. 3), като за: количествено определите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване (б. "а"); качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка (б. "б"). Приетата методика се основава на субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлното или формалното или недостатъчно описание на дейностите/задачите.

Съдът намира, че решаващият орган правилно е установил фактите и ги е описал в обжалваното решение. Правилна е преценката му, че методиката за оценка на офертите е неясна. Дадените от възложителя описания за базовите и допълнителните критерии не дават яснота, досежно поставените изисквания, предвид използваните общи понятия и дублирането на изискванията в едните и другите. Макар и описани по различен начин, действително описанието на двата базови критерия и двата допълнителни – по т. 1 и 2, въвеждат идентични изисквания. Методиката за определяне на комплексна оценка, приложена от жалбоподателя, не дава ясни инструкции за начина на определяне на оценката на техническите предложения, присъждането на точките по отделните показатели не е обвързано от изпълнението на обективни условия и/или предварително зададени обективни критерии, а зависи преимуществено от субективната преценка на членовете на комисията. Отсъствието на точни и ясни указания за определяне на оценката води до липса на обективни критерии за сравнение и съпоставяне на отделните предложения на кандидатите. Така Методиката създава условия за неравно третиране на участниците. Тя има и разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата.

Съдът намира, че е правилен и законосъобразен изводът, че е налице нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 3, б. "б" ЗОП – видно от коментирания по-горе съдържание на одобрената методика за оценка на предложенията, тя нито дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, нито осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката за всеки показател. Нарушението е от такова естество, че е създавало потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона и не бе одобрил подобна неясна методика за оценка, би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Това дава основание да се

приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал обсъжданото нарушение общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-ниски. Вредата е пряка и непосредствена последица от нарушението. Това нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Правилно е прието, че финансовото отражение на това нарушение не може да бъде измерено, поради което за определянето на финансовата корекция на основание чл. 3, ал. 2 от Наредбата е ползван пропорционалният метод. Правилно е определена основата на финансовата корекция – стойността на допустимите разходи по договора, сключен с изпълнителя, финансирани със средства от европейските фондове, като правилно е приложен абсолютно определеният като размер показател за корекция от 5%.

Не може да се приложи и разпоредбата на чл. чл. 6 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕИФ. На първо място тази норма е отменена още през 2019г – ДВ бр. 67 от 2019 г., в сила от 23.08.2019 г. Освен това нарушението има финансово отражение, предвид изложените мотиви за последиците от него върху цялата процедура.

Обжалваното решение следва да се потвърди като законосъобразно и правилно.

С оглед изхода на спора, искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 изр. 2 от Наредбата за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ и чл. 143, ал. 3 от АПК, съдът

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Агенция Пътна инфраструктура“ срещу решение за налагане на финансова корекция ФК-16/07.09.2023г. на Ръководителя на УО на ОПТТИ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция в размер на 5% върху стойността на договор рд-37-28/22.12.2021г., с предмет "Определяне на изпълнител на строителството на АМ "Европа" от км. 32+447,20 до км. 48+903", с изпълнител Д. "Европа-2022" на стойност[ЕИК],45лв., без ДДС, която има влияние в размер на 1270664.22лв. върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от УО на ОПТТИ и върху

размера на сертифицираните разходи към ЕК, и която е разпоредено да бъде възстановена доброволно от А..

ОСЪЖДА „Агенция Пътна инфраструктура“ да плати на Министерството на транспорта и съобщенията юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му на страните.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: