

РЕШЕНИЕ

№ 8064

гр. София, 29.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 22.11.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгени Стоянов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **7972** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, вр. чл. 73 от ЗУСЕФСУ (Загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.).

Образувано е по повод на подадена жалба от страна на Национален осигурителен институт, БУЛСТАТ[ЕИК], адрес: [населено място] 1000, [улица], представляван от В. К. – Н., подуправител на НОИ срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК 2022 – 326 / 10.08.2022 г., издадено от И. Д. П., директор на дирекция, ръководител на УО на ОПДУ.

В жалбата се излагат аргументи, че обжалваното решение е незаконосъобразно, издадено в нарушение на административнопроизводствените правила и материалноправните разпоредби. Посочено е, че актът е немотивиран и необоснован. Никъде в документацията по обществената поръчка не е посочено, че именно пълнотата и начинът на представяне на информацията са елемент от оценяването. Методиката за оценка е законосъобразна и изготвена в пълно съответствие с действащата нормативна уредба. Цитира се относима практика на ВАС. Иска се от съда обжалваното решение да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от експерт К.. Иска отмяна на акта. Претендира присъждане на разноски – възнаграждение за юрисконсулт в минимален размер и платена държавна такса. Представя списък по чл. 80 от ГПК.

Ответникът, редовно уведомен – представлява се от експерт К.. Иска от съда да остави жалбата без уважение като неоснователна и недоказана и да потвърди административния акт като правилен и законосъобразен. Претендира присъждане на

възнаграждение за юрисконсулт в минимален размер.

Софийска градска прокуратура – редовно призвана, не изпраща представител за участие в производството. Не представя становище по съществуващото на делото.

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

Между страните не е спорно, че е сключен административен договор № BG05SFOP001-1.024-0001-C01/13.07.2021 г. Договорът е сключен между И. Д. П., на длъжност директор на дирекция „Добро управление“ - Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ /УО на ОПДУ/, [населено място], оправомощена съгласно Заповед № Р-142/08.08.2022 г. на Министър-председателя на Република България, от една страна, и НАЦИОНАЛЕН ОСИГУРИТЕЛЕН ИНСТИТУТ, БУЛСТАТ:[ЕИК], представляван от И. И., със седалище и адрес на управление: [населено място] 1000, [улица], от друга (в качеството му на бенефициер). Договорът е за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Добро управление“ и е с наименование „Изграждане на национално решение за електронен обмен на социалноосигурителна информация EESSI“.

В хода на изпълнение на проекта е проведена обществена поръчка от страна на бенефициера Национален институт на правосъдието. Предметът на обществената поръчка е „Проектиране на национално решение за електронен обмен на социалноосигурителна информация“. В резултат от проведената обществена поръчка е сключен договор № 1005-40-8/25.01.2022 г. с „КОНТРАКС“ АД.

Управляващият орган е осъществил последващ контрол върху тази обществена поръчка. В резултат на осъществения контрол се установени нарушения на ЗОП. Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 ЗУСЕФСУ (загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.).

Нарушенията на ЗОП първоначално са обособени в две групи. Първо, УО на ОПДУ е приел, че е налице незаконосъобразен срок за получаване на оферти. Второ, органът е приел, че за проведената обществена поръчка е приложена незаконосъобразна методика за оценка. По отношение на втората група нарушения на ЗОП по – конкретно е установено, че по силата на чл. 70, ал. 7 от ЗОП, когато критерият за възлагане е „оптимално съотношение качество/цена“, начинът за определяне на оценката по всеки показател трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации. Начинът за определяне на оценката трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Указанията за определяне на оценката по всеки показател е необходимо да осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката.

Органът е приел, че съгласно чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите за оценка не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

Съгласно чл. 33, ал. 1 от ППЗОП възложителите могат 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. Пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на

офертите.

Съгласно обявлението и документацията за поръчката критерият за възлагане е оптимално съотношение „качество/цена“. Комплексната оценка се определя въз основа на оценка на показател, отразяващ качеството на Предложенията за изпълнение на поръчката на участниците („Техническа оценка“ с относителна тежест 70% (седемдесет на сто) и показател, отразяващ предложените цени за изпълнение на поръчката („Финансова оценка“ с относителна тежест 30% (тридесет на сто).

Административният орган е приел, че възложителят е допуснал нарушение на разпоредбите на чл. 70, ал. 4, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 ,б. „б“ от ЗОП и на чл. 33, ал. 1 ППЗОП, а именно – бенефициерът е основал оценяването на офертите на начина, по който е представена информацията за тях.

От друга страна, органът е приел, че част от надграждащите обстоятелства в методиката са заложили и като минимални изисквания в т. 5.5.1 от Техническата спецификация. Независимо, че са заложили и като минимални изисквания, едновременно с това за тях се получават по-висок брой точки. Не е допустимо обстоятелства, заложили като минимални изисквания да бъдат оценявани с по-висок брой точки, а същите следва да бъдат покрити от участниците, за да се допуснат до оценка.

Така разписаните компоненти в Показател „Предложение за управление на изпълнението на поръчката“ не са насочени към същинското предложение за изпълнение на предмета на поръчката, а към неговото описание.

За участниците, както и за комисията, не е ясно дали за присъждането на точките е достатъчно в предложението да се съдържат изброените елементи, или същото ще се оценява в качествен аспект, както и какво следва да е съдържанието им, за да се приемат за налични в предложението. Определените от възложителя условия имат описателен характер. Следователно на оценка подлежи пълнотата и начина на представяне на информацията, а не на качествата/предимствата на предложените оферти.

Не са налице ясни и обективни критерии за оценка по показател „Предложение за управление на изпълнението на поръчката“ на получените оферти. Това дава възможност за субективна преценка от страна на членовете на комисията, като независимо от броя на подадените оферти не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, който е предложил икономически най-изгодната оферта.

По показател „Управление на качеството и риска“ - в чл. 70, ал. 4 на ЗОП не се предвижда възможност управлението на рисковете да се използва като показател за оценка.

Установено е още, че указанията за определяне на оценката по показател „Техническа оценка“ не осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката. Присъждането на оценките не е обвързано с настъпването на обективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията. Следователно показателите за оценка дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

По повод на тези констатации на бенефициера – НОИ – е предоставена възможност да депозираща възражение по реда на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ. Писменото възражение е депозирано на 11.07.2022 г. в законоустановения двуседмичен срок. Във възражението

са изложени конкретни аргументи срещу фактическите и правните изводи на административния орган.

В резултат на възражението УО на ОПДУ е приел, че обосновката на НОИ по отношение на констатация I относно незаконосъобразно съкращаване на нормативно установените срокове е достатъчна, за да може да отпадне това нарушение от финансовата корекция.

В останалата част възражението на бенефициера е прието за недостатъчно аргументирано. Управляващият орган на ОПДУ е приел, че не са представени нови факти и обстоятелства, които да представляват основание за оттегляне на констатацията (условно определена от органа като констатация II). Това е довело административния орган до извод, че така констатираното нарушение представлява нередност. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., нередност е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Установеното нарушение има финансово отражение, предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

Според УО на ОПДУ налице е финансово отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на ЕС, тъй като е налице залагане на неправомерни критерии за възлагане, оттам необосновано ограничаване на конкуренцията и нарушаване на принципите, заложи в чл. 2, ал. 1 от ЗОП, в която е можело да участват други икономически оператори, които да представят оферти с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката. Налице са всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г.

Този извод е мотивирал органа да издаде Решение за определяне на финансова корекция № ФК 2022 – 326 / 10.08.2022 г. Финансовата корекция е в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключения договор № 1005-40-8/25.01.2022 г. с К. АД, на основание точка 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.

Бенефициерът е останал недоволен от това решение и е упражнил правото си да го обжалва по съдебен ред пред състав на АССГ.

По делото са приети представената от административния орган преписка, в това число документите касаещи проведената обществена поръчка.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена чрез административния орган от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол.

По основателността:

Чрез извършването на финансова корекция се отменя предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ (сега ЕФСУ) или се намалява размерът на разходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или

възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на ЕС и българското законодателство (чл. 71, ал. 1 ЗУСЕФСУ). Финансовата корекция по своя характер е административна мярка, а не санкция. Тя може да се определи като принудителна административна мярка с възстановителен характер, прилагана с индивидуален финансов акт. (в този смисъл Д., В.. Финансово право, Нова звезда, 2019 г., с. 291)

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. 2 – ро от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Във връзка с това по делото е приложена Заповед № Р – 142 / 08.08.2022 г., с която Министър – председателят на Република България нарежда (оправомощава) И. П. да издава индивидуалните, общите и вътрешнослужебните актове, свързани с управлението и изпълнението на Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ), от компетентност на ръководителя на съответния УО. Във връзка с това съдът приема, че обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона (чл. 59, ал. 2 АПК) писмена форма. Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Във връзка с това решението е мотивирано. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта подробно са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основаниято за определяне на финансовите корекции и техният размер. Административният акт съдържа мотиви за посочените нередности, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок. Той се е възползвал от нея. В решението подробно са обсъдени възраженията на жалбоподателя.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото (регламента) се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент „нередност“ означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за

санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се „посочват“ в акт на Министерския съвет.

С Постановление № 57 на Министерския съвет от 28.03.2017 г. (ПМС № 57/2017 г.) е приета Наредба 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 (Наредбата за нередности), в сила от 31.03.2017 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция 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, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и

процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1) Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2) има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3) доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

От административния орган е установено нарушение на чл. 70, ал. 4, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Процедурите за възлагане на обществени поръчки, уредени в ЗОП, са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства, средствата, предоставяни от европейските фондове и програми и тези на дружествата и предприятия, които са възложители по смисъла на ЗОП. В този смисъл преценката за законосъобразност на извършената финансова корекция в тази част, чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията и критериите за допустимост е спазил границите на оперативната самостоятелност и не е нарушил забраната, въведена с императивната разпоредба на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

В случая основателни са изводите на административния орган, че възложителят е допуснал нарушение на чл. 70, ал. 4, ал. 5 и ал. 7 ЗОП и на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, доколкото е основал оценяването на офертите на начина, по който е представена информацията в тях.

От друга страна, видно от надграждащите обстоятелства в методиката, част от тях са заложили като минимални изисквания в т. 5.5.1 от Техническата спецификация, като едновременно с това се получават по-висок брой точки.

В техническата спецификация (съдържаща се в Приложение № 1 към делото) се намира раздел 5.5, озаглавен „Управление на изпълнението на поръчката“. В него се намира точка 5.5.1, озаглавена „Организация и методология“. В нея е посочено, че дейностите по управление на поръчката трябва да включват като минимум управление на реализацията на всички дейности и постигане на очакваните резултати, както и разпределението на предложените участници в екипа за управление на поръчката по роли, график и дейности. Общите дейности по управление изпълнението на поръчката се съпътстват от план – график за изпълнение на дейностите в обхвата на поръчката. Доброто управление на договора трябва да осигури: а) контролирано и организирано стартиране, изпълнение и приключване на дейностите в обхвата на

поръчката; б) текущ контрол по изпълнението на дейностите в обхвата на поръчката; в) управленски контрол на възможните отклонения по планираните дейности, идентифициране на необходимостта от промени и осигуряване на техните анализ и координация; г) оптимално използване на наличните ресурси и навременно разпространяване на необходимата информация до всички участници; д) осигуряване на добра комуникация между Изпълнителя и Възложителя и висока степен на взаимодействие между членовете на двата екипа; е) осигуряване на качество и полагане на усилия за непрекъснато подобряване на работата за удовлетворяване на изискванията на участниците.

В точка 5.5.1 от техническата спецификация е посочено още, че участниците трябва да опишат в своите технически предложения предлаганата от тях методология за управление на изпълнението на поръчката, като включват подробно описание на: а) етапите на изпълнение на поръчката съгласно избраната от тях методология за управлението й; б) проектна документация, в това число видове доклади, техническа и придружаваща документация, време на предаване, съдържание на документите, управление на версиите и др.; в) управление на качеството; д) график за изпълнение на поръчката.

От друга страна, възложителят е определил, критерия за възлагане да е оптимално съотношение „качество / цена“. Комплексната оценка се определя по формулата $KO = 0,70 TO + 0,30 FO$, където КО означава Комплексна оценка; $TO = 0,40 * T1 + 0,40 * T2 + 0,20 * T3$ – показател за направена „Техническа оценка“; 0,4 и 0,2 – коефициенти, отразяващи относителната тежест на отделните показатели, сформиращи показател „Техническа оценка“ $T1$ – показател за „Предложение за управление на изпълнението на поръчката“; $T2$ – показател за „Екип на Изпълнителя“; $T3$ – показател за „Управление на качеството и риска“; FO – показател за направената „Финансова оценка“; 0,70 и 0,30 – коефициенти, отразяващи относителната тежест на показател „Техническа оценка“, съответно – на показател „Финансовата оценка“ в рамките на Комплексната оценка на офертите. Стойността на Комплексната оценка се закръглява до третия знак след десетичната запетая. Максималната стойност на Комплексната оценка е 100 точки. В методиката е предвидено, че до оценка по настоящата методика ще бъде допуснат участник в процедурата, чието предложение за изпълнение (техническо предложение) отговаря на минималните изисквания заложи в възложителя в Техническите спецификации. В случай, че представеното Предложение за изпълнение на поръчката (техническо предложение) не отговаря на минималните изисквания на Възложителя, заложи в Техническите спецификации, участникът ще бъде отстранен от по-нататъшно участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка.

Във връзка с това основателни са аргументите на управляващия орган, че част от надграждащите обстоятелства в методиката са заложи и като минимални изисквания в т. 5.5.1 от Техническата спецификация. Така например по отношение на показател $T1$ - „Предложение за управление на изпълнението на поръчката“ едно от условията да се получат 50 точки е участникът да е предложил: „организацията на изпълнение, в т. ч. структура на екипа на Изпълнителя, начин на взаимодействие между членовете в екипа на Изпълнителя, връзки за взаимодействие с екипа на Възложителя, примерен комуникационен план и др.“ Друго условие, което носи 50 точки на участника е: „разпределението на задачите в екипа на Участника, като са посочени задълженията и отговорностите на всички ключови и неключови (ако такива

са предвидени) експерти и изпълняваните от тях ангажименти по всяка от дейностите по поръчката.“ Същевременно в т. 5.5.1 от Техническата спецификация е посочено като минимално изискване следното: разпределението на предложените участници в екипа за управление на поръчката по роли, график и дейности, както и: осигуряване на добра комуникация между Изпълнителя и Възложителя и висока степен на взаимодействие между членовете на двата екипа. Във връзка с това основателни са мотивите в оспорения акт, че част от надграждащите обстоятелства в методиката са заложили и като минимални изисквания в т. 5.5.1 от Техническата спецификация. Недопустимо е обстоятелства, заложили като минимални изисквания да бъдат оценявани с по-висок брой точки, а същите трябва да бъдат покрити от участниците, за да се допуснат до оценка.

По отношение на показател „Управление на качеството и риска“ едно от надграждащите условия, които водят до по-висока оценка е следното: списък с идентифицирани рискове с вид на риска (положителен или отрицателен), статут на риска към момента (активен или неактивен), оценка на вероятност, въздействие (вкл. параметър, на който въздейства риска и степен на въздействие), рейтинг на риска, тип на предложените мерки за реакция (избягване, прехвърляне, смекчаване и т.н.). Във връзка с това основателни са мотивите, изложени в оспорения акт, че в чл. 70, ал. 4 ЗОП не се предвижда възможност управлението на рисковете да се използва като показател за оценка. В документацията по поръчката липсват указания или критерии за същността и съдържанието на изискването за мерки за реакция. Това пречи на заинтересованите икономически оператори да определят по какъв начин и въз основа на какви обективни критерии офертите им ще бъдат отстранени. Това пречи и за разбирането на обстоятелството как те ще бъдат оценени по предвидените в показателя обстоятелства.

В жалбата са изложени аргументи по отношение на показателя „Управление на качеството и риска“. Те са в насока на това, че възложителят притежава оперативна самостоятелност да определя показатели по смисъла на чл. 70, ал. 4 ЗОП в рамките на алинея пета на същия член, като е посочена относима съдебна практика. Прави се извод, че доколкото органът не сочи нарушение на чл. 70, ал. 5 ЗОП, следователно липсва и нарушение на чл. 70, ал. 4 от ЗОП. Във връзка с този аргумент трябва да се посочи, че на няколко места в оспорения акт като нарушена се цитира именно разпоредбата на чл. 70, ал. 5 от ЗОП. Съгласно тази разпоредба показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3 (т. е. 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, или обслужване и поддръжка, техническа помощ и условия, като: дата на изпълнение, начин и срок на изпълнение или срок на завършване), трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. Във връзка с това именно в цитираната от жалбоподателя съдебна практика е посочено, че в контекста на чл. 70, ал. 4 ЗОП оперативната самостоятелност на възложителя е ограничена от разпоредбата на ал. 5 (в този смисъл Решение № 8019 от 02.07.2021 г. на ВАС, Седмо отделение, по административно дело № 5149 от 2021 г.).

В своята практика ВАС приема, че указанията за оценяване трябва да бъдат посочени ясно, точно и недвусмислено в обявлението за поръчката, така че дадат възможност на всички разумно информирани и полагащи обичайна грижа участници да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин, както и да се позволи на възложителя ефективно да провери дали офертите отговарят на критериите (в този смисъл Решение № 8019 от 02.07.2021 г. на ВАС, Седмо отделение, по административно дело № 5149 от 2021 г.). Във връзка с това настоящият състав споделя мотивите на органа, че изразът „мерки за реакция“ не отговаря на изискването за яснота, точност и недвусмисленост.

Споделят са мотивите на административния орган за нарушаване на разпоредбата на чл. 33 ППЗОП. Съгласно тази разпоредба възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други документи, за да оценяват организацията на изпълнение в съответствие с методиката за оценка. Не се допуска оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в документите. В тези случаи в документацията за участие се определят ясни и конкретни условия, на които следва да отговарят плановете и графичите, и информацията, която трябва да съдържа. По отношение на показател „Предложение за управление на изпълнението на поръчката“ може да се направи извод, че той е разписан по начин, че оценката да се основава на пълнотата и начина на представяне на информацията в офертата. Основателен е изводът на управляващия орган, че определените от възложителя условия имат описателен характер, което лишава участниците от това, техните предложения да бъдат оценени по качествата и предимствата им. Посоченото в жалбата, че никъде в документацията не е изложено, че именно пълнотата и начинът на представяне на информацията са елемент от оценяването е неоснователен. Настоящият състав намира, че не е необходимо това обстоятелство да е изрично записано от възложителя, за да се приеме за съществуващо. Достатъчно условие е цялостният анализ на документацията по ЗОП да води до този правен извод.

Принципно основателно в жалбата е посочено, че за да е налице нарушение на чл. 33, ал. 1 ППЗОП трябва да е налице оценяване на едни и същи обстоятелства, залегнали както в минималните изисквания, така е в надграждащите, с разлика единствено в начина на предоставяне на информацията. Именно такъв е случаят по отношение на показател „Предложение за управление на изпълнението“. По отношение на организацията (структурата) на екипа и по отношение на осъществяване на комуникацията обстоятелствата са сходни, като разликата се явява в начина на предоставяне на информацията. По отношение на този показател участниците са били изправени пред ситуация на неяснота. Тя се е изразявала в това, че те не са били уверени, ако покрийт минималните изисквания, дали това ще доведе до допускане до оценяване или до по-висока оценка.

В жалбата си НОИ се позовава на Решение № 1532 от 17.02.2022 г. на ВАС, Четвърто отделение, по административно дело № 509 / 2022 г. Трябва да се отбележи, че този съдебен акт има за предмет Решение на КЗК. Действително крайният извод в него е в насока на това, че възложителят НОИ е обявил законосъобразно обществена поръчка с друг предмет: „Развитие и въвеждане на Архитектура на НОИ за процесите, свързани с парични обезщетения, помощи и гарантирани вземания“. Посочено е в мотивите на съдебния акт, че НОИ е утвърдил законосъобразна методика за оценка на офертите. Решението обаче е постановено при друга фактическа обстановка и не обвързва настоящия състав.

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

Основателни са мотивите на управляващия орган, че указанията за определяне на оценка по показател „Техническа оценка“ не осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката. Присъждането на оценките не е обвързано с настъпването на обективни обстоятелства и / или предварително зададени обективни критерии. Оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията. Показателите за оценка дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

По изложените съображения съдът приема извода на УО за нарушение на чл. 70, ал. 4, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП за правилен и законосъобразен. Нарушението правилно е квалифицирано по състава за нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности – Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. (вид нередност). От своя страна, буква б) в колоната „Описание на нередността и примери“ гласи следното: случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. В конкретния случай са подадени две оферти – от „КОНТРАКС“ АД и от ОБЕДИНЕНИЕ „ДА – СИ“ Д., видно от Протокол № 1, съставен на основание чл. 54, ал. 7 от ППЗОП (съдържащ се в Приложение № 1 към делото).

Съответно на тази квалификация е приложена финансова корекция в размер 5 на сто върху допустимите засегнати от нарушението разходи по сключения договор № 1005 – 40 - - 8 / 25.01.2022 г. с „КОНТРАКС“ АД.

С оглед гореизложеното може да се направи заключение, че са налице и трите елемента на фактическия състав на понятието за „нередност“:

Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото Националният осигурителен институт (НОИ), има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент № 1303/2013. И. участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на средства финансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Вторият елемент - това действие или бездействие да води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административния орган с оглед нормата на чл. 170, ал. 1 от АПК е да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или на националното законодателство. Същото е установено безспорно като такова по чл. 70, ал. 4, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

С оглед извода за наличие на вмененото на бенефициера нарушение е налице и третият елемент на фактическия състав на понятието за „нередност“ по смисъла на Регламент 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета (Регламент 1303/2013), а именно - вредата. Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на Съда на Европейския съюз (СЕС), че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието 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 наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v С., С-199/03, ЕУ: С: 2005:548, т. 31; решение Chambre LTIndre, С-465/10, ЕУ: С: 2011:867, т. 47; решение Firma, С-59/14, ЕУ: С: 2015:660, т. 24; решение Wgosuaw, ЕУ: С: 2016:562, т. 44).

Доколкото не може да се изключи възможността допуснатите нарушения да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то налице е основание за определяне на финансова корекция. Тъй като естеството на допуснатото нарушение не позволява да се определи тяхното точно финансово отражение върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ е приложил пропорционалния метод.

С оглед изложеното жалбата се явява неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на делото претенцията на жалбоподателя за присъждане на сторените по делото разноси се явява неоснователна. От страна на процесуалния представител на ответника е направено искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение в минимален размер, което следва да бъде уважено за сумата от 100 лева, с оглед разпоредбата на чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 45-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Национален осигурителен институт, БУЛСТАТ[ЕИК], срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК 2022 – 326 / 10.08.2022 г., издадено от И. Д. П., директор на дирекция, ръководител на УО на ОПДУ, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите засегнати от нарушението разходи по сключения договор № 1005-40-8/25.01.2022 г. с „КОНТРАКС“ АД.

ОСЪЖДА Национален осигурителен институт, БУЛСТАТ[ЕИК], представляван от И. И., със седалище и адрес на управление: [населено място] 1000, [улица], да заплати на Министерския съвет сумата от 100 (сто) лева, представляваща юрисконсултско

възнаграждение.

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

СЪДИЯ: