

РЕШЕНИЕ

№ 6880

гр. София, 02.12.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 46 състав,
в публично заседание на 10.11.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Желева

при участието на секретаря Станислава Данаилова, като разгледа дело номер **4453** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл.145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по повод жалба от Българска агенция за инвестиции, представлявана от С. Я., в качеството му на Изпълнителен директор, срещу Решение № РД-16-364/08.05.2020г. на Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК 2014-2020.

Жалбоподателят счита за необоснован извода на УО, че показателят К „Предложение за организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“ не е свързан с предмета на нито една от двете обособени позиции. Твърди, че няма допуснато нарушение на разпоредбата на чл.70, ал.7, т.2 и т.3 от ЗОП, както и на ал.5 от същия. Излага съображения, че е необосновано твърдението, че методиката за оценка по показател „Предложение за организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“, е изготвено в нарушение на чл.33, ал.1 от ППЗОП.

В съдебно заседание жалбоподателят редовно призован, не се представлява.

Ответникът - Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК 2014-2020, чрез Главен експерт Д. А. Г. – редовно призован, не се явява и не се представлява.

Софийска градска прокуратура не се представлява в съдебно заседание, не изразява становище по жалбата.

Административен съд София - град след като съобрази представените писмени доказателства и становищата на страните намира от фактическа и правна страна следното:

В резултат на извършена проверка за законосъобразност на обществената поръчка, възложена чрез „публично състезание“ по чл.18, ал.1, т.12 от Закона за обществените поръчки ЗОП, за услуга с предмет: „Изпълнение на дейности по информация и комуникация във връзка с изпълнението на проекти BG16RFOP002-2.006-0001 и BG16RFOP002-2.006-0002“ с две обособени позиции: Обособена позиция № 1: „Изработване (дизайн, предпечатна подготовка, печат) и доставка на печатни и промоционални материали предназначени за дейностите по визуализация, информация и комуникация във връзка с изпълнение на проекти BG16RFOP002-2.006-0001 и BG16RFOP002-2.006-0002“, запазена на основание чл.80, ал.1 от ППЗОП; Обособена позиция № 2: „Разработване на информационни, промоционални и рекламни печатни материали по проект BG16RFOP002-2.006-0002“ и сключените в резултат на нея договори, по административни договори за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ с рег. № BG16RFOP002-2.006-0001-C01 и рег. № BG16RFOP002-2.006-0002-C01 с бенефициент Българска агенция за инвестиции, процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-2.006 „Позициониране на Б. като позната и предпочитана дестинация за инвестиции чрез подкрепа дейността на БАИ“ по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, било установено, че в утвърдената от възложителя методика за оценка е включен показател (К) „Предложение за организация на персонала“, като минимален брой точки получава предложената от участника организация на персонала, която осигурява изпълнението на следните минимални изисквания на възложителя: „Участникът предлага набор от взаимосвързани и логически последователни дейности, който гарантират постигането на очакваните резултати – качество и в срок. Дейностите за изработването и доставката на всеки един от артикулите са детайлно и ясно разписани“. При критерий за възлагане по смисъла на чл.70, ал.2, т.3 от ЗОП „оптимално съотношение качество/цена“, същото се оценява въз основа на „показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка“.

УО установил, че бенефициентът БАИ допуснал, няколко нарушения, като на първо място, показателят К „Предложение за организация на персонала“ не съдържа точни указания за изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки и не е свързан с предмета на нито една от двете обособени позиции: „Изработване (дизайн, предпечатна подготовка, печат) и доставка на печатни и промоционални материали“ и „Разработване на информационни, промоционални и рекламни печатни материали“. Съгласно утвърдения от възложителя механизъм за оценка по този показател точки се присъждали на база неясни, субективни и абстрактни категории като „конкретните продукти и резултати“, „мерки за вътрешен контрол“, „механизми за осигуряване на качествено изпълнение“, мерки за контрол, за отчитане, организационни мерки и т.н., които безспорно не съставлявали качествени аспекти, свързани с предмета на поръчката. Показателят бил формулиран общо и неясно, същият бил общовалиден към всякакъв обект на възлагане - без значение дали е строителство или услуга, например и по никакъв начин не е обвързан с предмета на възлагане. Не става ясно какъв смисъл влага възложителят в терминът

„декомпозиране“ на отделни задачи за целите на обществената поръчка и какво е неговото значение за качествено изпълнение на предмета на процедурата. В този смисъл била и практиката на Одитния орган, Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“, Министерство на финансите, съгласно която „Във всички случаи, които възложителят не предвиждал оценяване на конкретни параметри на предмета на поръчката, а описание и брой на мерки, методи, подходи и др. възложителят определял неправомерни показатели за оценка, поради което техническата оценка се явявала изготвена самоцелно – единствено- за да послужи като обект на оценка, т.е. по нея нямало какво да се изпълнява впоследствие“. В този смисъл, разглежданият показател не съответствал на чл. 70, ал. 7, т. 1, тъй като не давал възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта.

На второ място, методиката за оценка на показателя К „Предложение за организация на персонала“, е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл.33, ал.1 от ППЗОП., като също така е допуснал и нарушения на чл. 70, ал.7, т.1, т.2, т.3 буква „б“ и ал.5 от ЗОП. От така заложената скала за оценяване се установило, че съгласно утвърдената методика, съответствието на предложенията на участниците с базовите изисквания на възложителя, както и оценката на предложенията, надграждащи базовите изисквания, ще бъдат поставени в зависимост от обема на предоставената информация, т.е. от степента на описание на дейностите. Видно от механизма за оценяване дейностите по изработването и доставката на всеки един артикул следва да са „детайлно и ясно“ разписани. От така разписаната методика за оценка по този показател се установило, че помощният орган на възложителя ще оценява предложенията на кандидатите именно с оглед пълнотата на представяне на информацията относно организацията на изпълнението на дейностите в нарушение на забраната по чл. 33, ал. 1 от ППЗОП. В този смисъл - Решение № 5186 от 08.04.2019 г. по адм. дело № 9387/2018 г. на ВАС.

На основание гореизложеното с въвеждането на показателя за оценка „Качество на организацията на персонала, на който било възложено изпълнението на поръчката“, възложителят допусна нарушение на:

чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, тъй като същият този показател не давал възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, поради това че се оценяват елементи, които, от една страна не били свързани с предмета на възлагане и от друга страна, не били измерител за качество, тъй като са поставени от възложителя самоцелно, единствено и само като елемент на оценка, без да касаят изпълнението на техническото предложение;

чл. 70, ал. 7, т. 2 от ЗОП, тъй като не била гарантирана възможността за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците;

чл. 70, ал. 7, т. 3, буква „б“ от ЗОП, предвид че механизмът за оценка не давал на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на техническата оценка;

чл. 70, ал. 5 от ЗОП, защото чрез така формулираният показател за оценка само чрез изброяване на компонентите, при липса на достатъчно яснота за тяхното съдържание, на практика се стигало до неограничена свобода на липса на гаранция за реална конкуренция.

Посоченото в т. 1 отклонение представлявало нарушение по смисъла на чл. 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 Постановление № 57 на МС от

23.08.19 г., в сила от 23.08.2019 г. (Наредбата за посочване на нередности) във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 70, ал. 1, т. 3, чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП (приложима редакция на закона спрямо проверяваната процедура - ДВ, бр. 17 от 01.01.18 г., в сила от 23.02.2018 г.) и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП (приложима редакция на правилника спрямо проверяваната процедура - ДВ, бр. 91 от 14.11.2017 г., в сила от 01.01.18 г., за което следвало да бъде наложена финансова корекция. Същото се квалифицирало като нарушения по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничавало достъпа на кандидатите или участниците“, буква „а“ „нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка“ от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 10 % за нарушението по т. 1 по обособена позиция 1, поради следните съображения:

Поради естеството на нарушението по т. 1 не било възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалният метод. За този тип нередност по буква „а“ на т. 11, допусната при провеждането на процедурата се предвижда финансова корекция в размер на 10 % от представената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка.

За допуснатото нарушение по обособена позиция 2 следвало да се определи размер на финансова корекция от 5 % за нарушение по т.1.

В досието на обществената поръчка не били налични всички документи удостоверяващи липсата на задължителни основания за отстраняване от процедурата по чл.54, ал.1 от ЗОП, спрямо участника определен за изпълнител по двете обособени позиции – ДЗЗД „Реклама за инвестиции“.

Описаното по т.2. отклонение представлявало нарушение по смисъла на чл.1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл.2, ал.1, т.4 от ЗОП във връзка с чл.67, ал.1 във вр. с чл.112, ал.2, т.3 от ЗОП за което предстои да бъде наложена финансова корекция. Същото било квалифицирано като нередност по т. 16 „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществена поръчка, буква „а“: „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществена поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“ от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 25% за нарушението по т.2, поради следните съображения:

Поради естеството на нарушението по т.2 не било възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл.5, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне на размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалният метод. За този тип нередност по буква „а“ на т. 16, допусната при провеждането на поръчка по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, съгласно колона № 3

на приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, се предвиждала финансова корекция в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка по двете Обособени позиции на проверяваната процедура.

С писмо изх. 12-00-22/12.03.2020г. УО уведоми бенефициента за установените нарушения, както и за правото му да възрази по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства. С кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № BG16RFOP002-2.006-0002-C01-M049 от 27.03.19г., допълнена с кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № BG16RFOP002-2.006-0002-C01-M050, бенефициентът представил писмени възражения и документи, съгласно които твърди, че не са налице констатираните от УО нарушения.

УО след като се запознал със съдържанието на възражението и допълнително представените документи не приема доводите на бенефициента за липса на допуснати нарушения по т.1.1 и т.1.2.

На основание гореизложеното, по отношение на нарушението по т. 1.1. и т. 1.2 били налице всички елементи от дефиницията за нередност по чл.2, т.36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, а именно: действие или бездействие на икономически оператор, което водело до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и имало или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. БАИ имала качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент (ЕС) от № 1303/2013, защото участвала в изпълнението на помощта от ЕСИФ. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, БАИ осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на полученото финансиране от ЕСИФ. В рамките на извършеното възлагане БАИ допуснала нарушение на правото на ЕС (чл. 160, параграф 1 и 2 от Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046) и на националното право, свързано с неговото прилагане (нарушените правни норми от ЗОП са конкретно посочени по-горе в т. 1.1.), в резултат на които имало потенциална възможност за нанасяне на вреда на бюджета на Съюз посредством отчитането на неоправдан разход. В този смисъл, налице било основание по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ за отмяна на предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция.

1.Предвид това УО приключил инициираната процедура по реда на чл.70-72 от ЗУСЕСИФ с установени нарушения с финансово отражение по констатациите в т.1.1 и т.1.2, които съставляват основание по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ за отмяна на предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция в размер, равен на най-високия приложим процентен показател, предвид принципа на некумулиране на финансовите корекции, посочен в чл.7 от Наредбата за посочване на нередности.

Определил финансова корекция по АДПБФП с рег. № BG16RFOP002-2.006-0001-C01 с бенефициент **БЪЛГАРСКА АГЕНЦИЯ ЗА ИНВЕСТИЦИИ**, в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по следните договори:

2.1. Договор № ФД-01-12 от 14.06.2019г. по Обособена позиция 1 с изпълнител ДЗЗД „Реклама за инвестиции“, възлизаща на 3 042,25 лв. без ДДС и 3 650,70 лева с ДДС.

Определил финансова корекция по АДПБФП с рег. № BG16RFOP002-2.006-0001-C01

с бенефициент БЪЛГАРСКА АГЕНЦИЯ ЗА ИНВЕСТИЦИИ, в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по следните договори:

3.1. Договор № ФД-01-12 от 14.06.2019г. по Обособена позиция 1 с изпълнител ДЗЗД „Реклама за инвестиции“, възлизаща на 3 042,25 лв. без ДДС и 3 650,70 лева с ДДС.

3.2. Договор № ФД-01-13 от 14.06.2019г. по Обособена позиция 2 с изпълнител ДЗЗД „Реклама за инвестиции“, възлизаща на 42 347,00 лева без ДДС и 50 816,40 лева с вкл. ДДС.

Определеният в т.2 и т.3 процентен показател се прилагал за засегнатите от нарушението разходи по Договор № ФД-01-12 от 14.06.2019г. и Договор № ФД-01-13 от 14.06.2019г., включени от бенефициента в следващи искания за плащания.

Доводите на бенефициента, че не е допуснато нарушение на чл.33, ал.1 от ППЗОП се опровергават от самата методика за оценка и механизма за оценяване по показател „Качество на организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“, който обвързва броят точки със степента на описание на организацията на персонала, както и от направеното от бенефициента уточнение във възражението, че на участниците е предоставена свобода да „представят своите концепции за организация по-най-добрия начин, така че да убедят възложителя“. Безспорно е, че обект на оценка, в нарушение на посочената императивна норма, е именно начинът на представяне/описанието и пълнотата на информацията на представения от участниците план за изпълнение на поръчката. Броят на подадените оферти в случая, не обуславя липсата на допуснати нарушения при откриването и провеждането на процедурата, нито може да санира наличието на такива, поради което твърденията на бенефициента, в тази насока не следва да се вземат предвид.

Предвид това действително, налице е нарушение с финансово отражение, тъй като показателят води до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата - на етап „подаване на оферта" има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните изпълнители, а на етап „оценка на офертите" има за последица неравно третиране на участниците в процедурата. В настоящия случай, финансовото отражение се изразява във възпиращ ефект върху заинтересованите от възлагането лица и пречка за обективно сравняване и оценяване на техническите предложения. В този смисъл, налице е потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената безвъзмездна финансова помощ, тъй като може да се направи обоснован извод, че при законосъобразна методика за оценка биха подали оферти по-голям брой заинтересовани икономически оператори с по-благоприятни за възложителя технически и ценови параметри.

Възложителят е предвидил, че в случай, че „Участникът е разписал

предложението си за изпълнение на обществената поръчка в обхват непокриващ минималните изисквания за съдържание по всеки подпоказател, поставени в настоящата методика за оценка и в документацията за обществена поръчка, като цяло, същата ще се счита за непълна несъответстваща на обявените от Възложителя условия, което е предпоставка за отстраняване на участника от процедурата", без да е посочил какви са минималните изисквания за съдържание по отделните подпоказатели. Предвид, че не става ясно какви са минималните изисквания за съдържание по всеки подпоказател, потенциалните участници са поставени в изначално невъзможност да преценят какво следва да съдържа предложението им за да отговаря на изискванията на възложителя и да не бъде отхвърлено. Отделно от това, така разписаната методика не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, както и да се съпоставят предложенията на участниците. Липсват ясни указания как и въз основа на какви обективни обстоятелства/предварително зададени критерии ще се оценят разнородните предложения на участниците, в случаи, че всичките направят предложение, съдържащо четирите надграждащи обстоятелства при наличието на които се присъждат 100 точки. По този начин не се гарантира обективно класиране на участниците и се предоставя възможност за субективизъм при определяне на комплексната оценка на участниците от страна на помощния орган на възложителя, тъй като не става ясно какви например мерки за вътрешен контрол следва да предложи участникът.

Методиката за оценка на показател „Предложение за организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката" (ОП), е изготвена в нарушение на разпоредбата на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

Съгласно цитираната разпоредба, 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, но „пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите".

На основание гореизложеното, допуснато е нарушение на:

чл.70, ал.7, т.2 от ЗОП, тъй като не е гарантирана възможността за обективно сравняване и оценяване на техническото предложение на участниците;

чл.70, ал.7, т.3 от ЗОП, предвид това че механизмът за оценка не дава на участниците информация за правилата, които ще се прилагат при

определяне на техническата оценка;

чл.70, ал.5 от ЗОП, защото чрез така формулирания показател за оценка само чрез изброяване на компонентите, при липса на достатъчно яснота за тяхното съдържание, на практика се стига до неограничена свобода и липса на гаранция за реална конкуренция.

Посоченото в т.1 отклонение представлява нарушение по смисъла на чл.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" във връзка с чл. 70, ал. 5 и ал. 7 от ЗОП и чл. 33, ал.1 от ППЗОП, за което следва да бъде наложена финансова корекция. Същото се квалифицира като нарушения по т.11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т.10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците", буква „а" „Нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка" от приложение 1 към чл.2, ал.1 от приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредба за посочване на нередности представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28.03.2017г., обн. ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., последни изм. и доп. ДВ, БР. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г. (Наредбата за посочване на нередности), за което предвид е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка в резултат на проведената процедура.

Въз основа на изложеното, следва, че оспореният административен акт е издаден от компетентен едноличен административен орган, в законоустановената писмена форма. Изчерпателно изброените реквизити в чл.59, ал.2, т.1-т.8 АПК са налице, актът е достатъчно ясно мотивиран с посочване на фактическото и правното основание за неговото издаване, поради което не се установяват пороци от категорията на тези от чл.146, т.1-т.5 от АПК и същият е законосъобразен, а жалбата се явява неоснователна и като такава следва да бъде оставена без уважение.

Водим от горното съдът

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Българска агенция за инвестиции, [населено място], [улица], ет. 3, представявано от С. Я. в качеството му на Изпълнителен директор, срещу Решение № РД-16-364/08.05.2020г. на Главен директор на ГД „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК 2014-2020

Решението подлежи на обжалване с частна жалба пред ВАС в 14 дневен срок от съобщението до страните.

Съдия: