

РЕШЕНИЕ

№ 12413

гр. София, 19.07.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 24.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Елица Делчева, като разгледа дело номер **1295** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 - 178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).

Образувано е по жалба на Напоителни системи ЕАД, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], ет. 3, представлявано от изпълнителния директор С. Д., чрез адв. Г. Г., със съдебен адрес: [населено място], ул. К. Б. I, № 96, ет. 1, ап. 3, срещу решение № 03-РД/5883 от 07.12.2023 г. за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция, издадено от заместник-изпълнителния директор на Държавен фонд „Земеделие“ (ДФЗ), с което е определена финансова корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани от Напоителни системи ЕАД по договор за възлагане на обществена поръчка в размер на 586 741,14 (петстотин осемдесет и шест хиляди седемстотин четиридесет и един лева и четирнадесет стотинки) лв. без ДДС, с изпълнител П. Инфраструктура ЕООД, във връзка с проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Избор на изпълнители за извършване на строително - монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи“ ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014 - 2020 г. с три обособени позиции“, по обособена позиция № 1 „Модернизация на деривационен канал към напоителна система „К.“, в землището на

[населено място], [община], област С., „Напоителни системи” ЕАД - клон „Б.”, като определената финансова корекция е в размер на 29 337,06 лв.

С жалбата се твърди, че оспорваният административен акт е неправилен и незаконосъобразен, постановен в противоречие с материалния закон и при съществени нарушения на процесуалните правила, поради което жалбоподателят иска неговата отмяна. Твърди, че съгласно структурата и съдържанието на методиката за оценка участниците могат да предвидят при подаването на офертите си броя точки, които ще получат. Заложените критерии позволяват на комисията да прецени на база приетите критерии колко точки следва да се присъдят на съответния кандидат, съответно да извърши обективна оценка на представената оферта. Разписаните критерии осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, по които ще се определя оценката по всеки показател. Всяко от надграждащите условия е свързано с предмета на поръчката и има отношение към качеството на крайните резултати. Налице са точни, конкретни и предвидими изисквания, чиято цел е в най-висока степен да се оцени способността на потенциалните изпълнители за качествено и ефективно изпълнение на поръчката. Оценката се формира на база минимални изисквания и предложени допълнителни надграждащи елементи, поради което е осигурена съпоставимост между отделните оферти, свеждаща се до това дали съдържат само предложение в обхвата на минималните изисквания или съдържат и допълнителните условия, за които се определят допълнителни точки. С оглед на изложените аргументи жалбоподателят поддържа, че не е налице ограничаване на достъпа на участниците в конкретната процедура, което се потвърждава и от подадените 157 оферти за участие, следователно не е извършено соченото от ответния административен орган нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 2 и т. 3 ЗОП, което води до извод за липса на извършена нередност по Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и не може да бъде основание за налагане на финансова корекция по реда на ЗУСЕФСУ. Посочено е също, че не е ясно как УО е приложил чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности (Наредбата), като за едно единствено нарушение, респ. нередност, засягащо един и същи разход е определил финансова корекция от 5%. В предварителното съгласуване с органа не са били налице забележки по отношение на изискванията при проведената и приключила съгласувателна процедура по извършване на предварителен контрол и одобрение отДФЗ. Искане се отмяна на оспореното решение и връщане на преписката с указания за правилното прилагане на закона, алтернативно е отправено искане за намаляване на финансовата корекция. Претендират се разноски.

В съдебно заседание за жалбоподателя се явява адв. Г., която поддържа жалбата и изразява искане същата да бъде уважена. Счита, че в случая използваната методика отговаря на законовата уредба и не нарушава разпоредбите на чл. 70 от ЗОП. Сочи, че дори да се приеме наличието на едно такова нарушение, то същото неправилно е квалифицирано по т. 11 от Наредбата за посочване на нередности. Претендира присъждане на разноски, за които представя списък.

Ответникът – заместник-изпълнителен директор на Държавен фонд „Земеделие“, не се явява и не изпраща представител в представено по делото открито съдебно заседание. С писмено становище от ст. юрисконсулт Т. Ц. вх. № 16003 от 23.04.2024 г. оспорва жалбата като неоснователна и недоказана и заявява искане за отхвърляне на същата. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на претендирания от жалбоподателя адвокатски хонорар.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител, не взема становище.

Административен съд София - град, Трето отделение, 16 състав, след като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Напоителни системи ЕАД е бенефициер по административен договор № РД50-246 от 27.11.2023 г. /л. 37 и сл./ за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие на селските райони /ПРСР/ 2014 – 2020 г., процедура чрез подбор BG06RDNP001-4.016 „Проектни предложения от Напоителни системи ЕАД за възстановяване на съществуващи хидромелиоративни съоръжения за напояване“ по подмярка 4.3 „Подкрепа за инвестиции и инфраструктура, свързана с развитието, модернизиранието или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г., сключен с ръководителя на Управляващия орган на ПРСР 2014 – 2020 г. чрез Държавен фонд „Земеделие“ – Разплащателна агенция. С договора на жалбоподателя е предоставена безвъзмездна финансова помощ в размер 706 715,57 лв. за изпълнение на проект № BG06RDNP001-4.016-0014 с наименование: „Модернизация на деривационен канал към напоителна система „К.“, в землището на [населено място], [община], област С.“.

За изпълнение на проекта бенефициерът е открил процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Избор на изпълнители за извършване на строително-монтажни работи на хидромелиоративни съоръжения собственост на „Напоителни системи“ ЕАД, по подмярка 4.3 „Инвестиции за развитие, модернизация или адаптиране на земеделската и горска инфраструктура“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г. с три обособени позиции“, като по обособена позиция № 1 - „Модернизация на деривационен канал към напоителна система „К.“, в землището на [населено място], [община], област С., „Напоителни системи“ ЕАД - клон „Б.“, е сключен договор за обществена поръчка № Д-53-2238-237 от 04.12.2023 г. с изпълнител П. ИНФРАСТРУКТУРА ЕООД, ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление в [населено място].

Обществената поръчка е възложена въз основа на икономически най-изгодна оферта, която се определя по критерий за възлагане „оптимално съотношение качество/цена“. В документацията на обществената поръчка е включена методиката за оценка в раздел IV – „Критерии за възлагане на поръчката. Методика за оценка на офертите. Разглеждане, оценка и класиране“. В същата е посочено, че комплексната оценка, с максимален брой от 100 точки, се формира от сбора на финансов показател с максимален брой точки 30 и технически показател с максимален брой точки 70. Техническият показател е формиран от подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой точки 40 и „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ с максимален брой точки 30.

Съгласно указанията за оценка по подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ същата се формира на основание предложения от всеки участник подход за изпълнение на поръчката за съответната обособена позиция и съгласно точкова система за оценяване по скала, посочена в документацията за участие в обществената поръчка. Съгласно одобрената от възложителя методика за оценка на офертите, технически предложения, които отговарят на минималните изисквания на възложителя, описани в Таблица № 1, получават 25 точки. В Таблица № 2 са посочени

три надграждащи обстоятелства, всяко от които носи по пет допълнителни точки, описани от възложителя, както следва:

1. За всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката, и са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата, като са формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

В методиката е направено следното уточнение:

* За целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати.

В същия надграждащ критерий е въведено изискване за „предложение за организацията на обезпечаване на необходимите ресурси (материални, технически и човешки), организация на работата на човешкия ресурс за всички дейности, включени в поръчката, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие с изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя“.

2. Представена е вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени технически подходи за изпълнение, които освен да гарантират ефективното и навременно изпълнение в съответствие с изискванията на приложимите към изпълнението на поръчката норми, стандарти и практики, обосновават повишаване на ефективността при изпълнението на поръчката.

3. Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда. Допълнителните мерки е необходимо задължително да отчитат спецификата на възлаганите работи и да са насочени към конкретната обществена поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими към всяка една поръчка за строително-монтажни работи без значение на нейния обхват и специфични особености. Всяка мярка е необходимо да съдържа едновременно следните два компонента: А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.

С писмо с изх. № 07-2600/16379#1 от 06.12.2023 г., изпратено чрез Информационна система за управление и наблюдение на средствата от ЕС в България 2020 (ИСУН 2020) на 06.12.2023 г., ДФ „Земеделие“ е открил производство по налагане на финансова корекция на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ. Производството е открито във връзка с установени нарушения, допуснати от Напоителни Системи ЕАД при възлагане на обществената поръчка, относими към методиката за оценка в частта ѝ, въвеждаща надграждащи критерии в таблица № 2 към подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой точки 40 в техническия показател от общо 70.

1. По отношение на заложеното условие в първото надграждащо обстоятелство съгласно одобрената методика следва „за всяка задача да са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката...“, като е направен извод, че липсва яснота кои моменти възложителят счита за ключови. Следователно всеки участник следва сам да определи кои са ключовите моменти при изпълнение на поръчката, което не дава възможност за съпоставка на различните технически предложения. На следващо място, от дадените указания не е ясен и механизмът, по който комисията ще отчете дали посочените от участниците фактори, визирани в първото надграждащо обстоятелство, ще доведат до навременно и ефективно изпълнение на поръчката, нито какво ще се приеме за ефективно или съответно неефективно изпълнение на поръчката. В методиката не е указано също така каква организация на обезпечаване на необходимите ресурси се ценят от възложителя като основание за получаване на допълнителен брой точки.

2. В заложените условия на второто надграждащо обстоятелство органът е приел, че липсва яснота относно това какви възможни мерки следва да опишат потенциалните участници, така че да осигурят вътрешен контрол при изпълнение на поръчката. Не става ясно и кои конкретни признаци ще доведат комисията до извода, че предложените от участниците конкретни технически подходи за изпълнение ще гарантират ефективно и навременно изпълнение на поръчката, съответно какво точно ще приеме помощния орган на възложителя за така визираната „гаранция“ за ефективност и навременност. Не е ясен и механизмът, по който комисията ще отчете дали предложението на участниците ще обоснове повишаване на ефективността на изпълнение на поръчката или съответно кога ще приеме, че повишаването на ефективността не е достатъчно обоснована.

3. В описанието на третото надграждащо обстоятелство за получаване на допълнителен брой точки е въведено понятието „допълнителни мерки“. Прието е, че това понятие не е разяснено от страна на възложителя, като наред с това не е направена и разлика с какво тези „допълнителни мерки“ се отличават от общите мерки, към които е въведено същото. Не е ясно и на какви конкретни изисквания следва да отговарят визираните „допълнителни мерки“, за да удовлетворят изискванията на възложителя, съответно участниците да получат допълнителен брой точки.

Предвид гореизложеното относно направените констатации във връзка с описанието на надграждащите критерии е направен извод, че методиката за оценка не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, като указанията за определяне на оценката по всеки показател 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, като показателите за оценка дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция.

Направен е извод, че е нарушена нормата на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП, като така допуснатото нарушение създава възможност за неравно и субективно третиране на участниците, което от своя страна винаги има разубеждаващ ефект спрямо

последните.

Предоставен е срок за писмено становище и възражения, във връзка с което от бенефициера е постъпило такова. По същество оспорва направените от органа констатации за допуснати нарушения във формулиране и изготвяне на методиката за оценка на офертите, което е довело до неяснота относно критериите за оценка и потенциално е оказало разубеждаващ ефект, съответно е ограничило участието на по-широк кръг субекти в процедурата.

Изложените възражения от бенефициера са приети за неоснователни и е издадено от заместник-изпълнителния директор на ДФ „Земеделие“ - РА оспорваното в настоящото производство решение № 03-РД/5883 от 07.12.2023 г., с което частично е съгласувана обществената поръчка по ОП № 1 и е определена финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите разходи по сключения договор с избрания изпълнител П. Инфраструктура ЕООД в общ размер от 586 741,14 лв. без ДДС.

В решението управляващият орган е приел, че е налице нарушение на изискванията на чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП, изразяващо се в използване на методика за оценка на офертите, която според органа дава прекомерна свобода на комисията при присъждането на точки и създава предпоставки за субективизъм, което попада в обхвата на т. 11, б. „б“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции – „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“, и за което е предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани от бенефициера за възстановяване.

В мотивите на решението е посочено, че методиката за оценка не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта и не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, като указанията за определяне на оценката по всеки показател не осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката, присъждането на оценките не е обвързано с обективни обстоятелства и/или предварително зададени обективни критерии и оценката зависи от субективната преценка на членовете на комисията, като показателите за оценка дават неограничена свобода на избор и не гарантират реална конкуренция. Констатираното обстоятелство не позволява обективно оценяване на подадените технически предложения и така се нарушават принципите на прозрачност, равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

В заключение е прието, че при изготвяне на методиката за оценка по обществената поръчка възложителят е допуснал нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП, като така допуснатото нарушение създава възможност за неравно и субективно третиране на участниците, което от своя страна винаги има разубеждаващ ефект спрямо последните. Този подход на възложителя за оценяване възпрепятства предвидимостта при оценяването на офертите на участниците, като оказва възпиращ ефект по отношение на потенциалните

участници и води до липса на информираност на заинтересованите лица за това по какъв начин да подготвят офертите си.

Посочено е също, че предвид факта, че тежестта на финансовия показател е с максимален брой точки 30, то незаконосъобразно заложеният подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой точки 40 в техническия показател ще вземе превес при образуване на комплексната оценка, съответно при финалното класиране на участниците. Предвид изложеното при така утвърдената от възложителя методика няма да бъде постигната целта да бъде избран изпълнител, предлагащ икономически най-изгодната оферта въз основа на заложения критерий „оптимално съотношение качество/цена“.

В резултат от изложеното по т. 1 от диспозитива на акта частично е съгласувана проведената обществена поръчка по ОП № 1, с избран изпълнител П. ИНФРАСТРУКТУРА ЕООД.

По т. 2 от диспозитива на решението, на основание чл. 3, ал. 2, предложение второ 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 ЗУСЕФСУ (загл. изм. ДВ, бр. 59 от 2024 г.), за гореописаното нарушение на чл. 70, ал. 7, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП, изразяващо се в използване на методика за оценка, която дава прекомерна свобода на комисията при оценяване и класиране на участниците в процедурата, е определена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) от разходите, които са поискани от бенефициера за възстановяване по договора за възлагане на обществената поръчка със стойност на договора за възлагане на обществената поръчка в размер на 586 741,14 (петстотин осемдесет и шест хиляди седемстотин четиридесет и един лева и четиринадесет стотинки) лв. без ДДС.

С аргумент, че естеството на нарушението не позволява да се установи точния размер на финансовата загуба, е приложен пропорционалният метод вместо диференциалния метод при определяне на финансовата корекция.

При така установената фактическа обстановка съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е допустима, като подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко е засегнато от оспорения акт, който установява в негова тежест задължения.

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения:

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материалноправните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).

Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за

програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник".

Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му.

С оглед горното, приложими към разглеждането на настоящия спор са издадените до влизане в сила на измененията със ЗИДЗУСЕСИФ, обн. ДВ бр. 51 от 01.07.2022 г., подзаконовни нормативни актове, включително 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.

В чл. 69, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ, загл. изм. в сила от 01.07.2022 г.), е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ (в приложимата редакция), е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 20а, ал. 5 от Закона за подпомагане на земеделските производители, изпълнителният директор издава актове за установяване на публични държавни вземания по реда на Административнопроцесуалния кодекс и решения за налагане на финансови корекции по реда на глава пета, раздел III от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, който може да делегира тези свои правомощия на заместник-изпълнителните директори и на директорите на областните дирекции на фонда. (ал. 6 от с.з.). В настоящия случай актът е издаден от заместник-изпълнителния директор И. И., на която с приложената по делото Заповед № 03-РД-3089/22.08.2022 г. на изп. директор на ДФЗ са делегирани правомощия по ПРСР за периода 2014 - 2020 да издава и подписва решения за налагане на финансови корекции. Следователно оспореното решение за налагане на финансова корекция е издадено от материално компетентен орган и не се установява основанието по чл. 146, т. 1 АПК за прогласяване на нищожност на процесното решение.

Оспореният акт е постановен и в съответствие с изискванията за форма,

визирани в чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ и чл. 59 АПК. Същият е издаден в писмена форма, като съдържа мотиви и разпоредителна част. В мотивите са посочени фактическите и правни основания за издаването му, като са изложени изводите, основани на фактическите констатации, и е направен анализ на разпоредбите, на които административният орган се е позовал.

В случая не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила – жалбоподателят е бил уведомен за откриване на производството по установяване на нередност с писмо, в което са описани констатираните нарушения и предстоящото определяне на финансова корекция, конкретизирана по основание и размер, като му е предоставена възможност да представи възражения. Бенефициерът е упражнил това си право и възраженията му са приети от органа за неоснователни.

В този смисъл процесното решение е издадено и съобразно изискванията на чл. 146, т. 2 и т. 3 АПК.

По отношение на съответствието на административния акт с материалния закон съдът съобрази следното:

Съгласно чл. 143, § 1 от Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Разпоредбата на чл. 122, § 2 от същия регламент сочи, че държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Извод за наличие на нередност като основание за налагане на финансова корекция може да бъде направен при кумулативно установяване на всяка от трите горепосочени предпоставки, визирани в дефиницията за нередност.

Нормата е въведена в националното законодателство с чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, съгласно която 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 ЕФСУ, финансовата подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция.

По делото не е спорно, че първият елемент от понятието е налице – Напоителни системи ЕАД има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, § 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от ЕСИФ като страна по АДФП № РД50-246 от 27.11.2023 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програмата за развитие

на селските райони 2014 – 2020 г., процедура чрез подбор BG06RDNP001-4.016 „Проектни предложения от „Напоителни системи” ЕАД за възстановяване на съществуващи хидромелиоративни съоръжения за напояване“ по подмярка 4.3 „Подкрепа за инвестиции и инфраструктура, свързана с развитието, модернизиранието или адаптирането на селското и горското стопанство“ от мярка 4. „Инвестиции в материални активи“ по ПРСР 2014-2020 г., сключен с ДФ „Земеделие“.

Спорът по делото, с оглед наведените от жалбоподателя оплаквания, се свежда до наличието на втория и третия елемент на определението за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна.

В настоящия случай, административният орган е мотивирал решението си за налагане на финансова корекция с установено нарушение на приложимия ЗОП, което осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, а именно нарушен е чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 1 ЗОП въвежда императивното правило обществените поръчки да 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: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 3. пропорционалност; 4. публичност и прозрачност.

Съгласно чл. 70, ал. 7 ЗОП /в действащата редакция към момента на одобряване на методиката/, в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

В съдебната практика се приема, че така дефинираните критерии за законосъобразност на методиката за комплексна оценка и начинът за определяне на оценката по всеки показател са императивни и обвързват възложителя, тъй като са гаранция за спазване принципите по чл. 2, ал. 1 ЗОП. Показателите за оценка не трябва да водят до субективна преценка от страна на комисията /в този смисъл е решение № 2052 от 10.02.2020 г. по адм.д. № 5299 по описа на ВАС за 2019 г./.

В настоящият случай приложената по делото документация за участие в открита процедура за възлагане на обществена поръчка предвижда в Раздел IV следното: „КРИТЕРИИ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ПОРЪЧКАТА. ПОКАЗАТЕЛИ И

МЕТОДИКА ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ. РАЗГЛЕЖДАНЕ, ОЦЕНКА И КЛАСИРАНЕ“. В т. 1 е посочен критерият за възлагане на обществената поръчка, както следва:

„КРИТЕРИЙ ЗА ВЪЗЛАГАНЕ НА ПОРЪЧКАТА (ВАЖИ ЗА ВСИЧКИ ОБОСОБЕНИ ПОЗИЦИИ)

Обществената поръчка се възлага въз основа на икономически най-изгодната оферта. Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа критерии за възлагане - „оптимално съотношение качество/цена“ по смисъла на чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, което се оценява въз основа на цената и на показатели, включващи качествени аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка.

В точка 2. - „МЕТОДИКА И ПОКАЗАТЕЛИ ЗА ОЦЕНКА НА ОФЕРТИТЕ (приложима за всички обособени позиции)“, е определен редът за оценяване на предложенията. За всяка обособена позиция, класирането на допуснатите до оценка оферти се извършва на база получената „Комплексна оценка“ (КО). Комплексната оценка представлява сума от индивидуалните оценки по определените предварително от възложителя показатели, отразяващи оптималното съотношение качество/цена, по следната формула: $КО = ТП + ФП$, като КО /комплексната оценка/ е с максимален брой от 100 точки и е равна на сбора на технически плюс финансов показател.

Техническият показател е определен с максимален брой точки 70, формиращ се като сума от следните подпоказатели: = Т. + Т., където Т. е „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ – максимален брой точки 40. Т. е „Срок за изпълнение на строително-монтажните работи“ с максимален брой точки 30.

От своя страна финансовият показател /ФП/ - Ц. за изпълнение на поръчката, е с максимален брой точки 30.

В настоящия случай предмет на спор между страните е законосъобразността на методиката за оценка в частта ѝ относно техническия показател и по-конкретно подпоказателя „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ с максимален брой точки 40.

Във връзка с посочения подпоказател възложителят е посочил, че се оценява предложения от участника „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“. Оценката по подпоказател Т. се формира на основание предложения от всеки участник подход за изпълнение на поръчката за съответната обособена позиция и съгласно точковата система за оценяване по скалата посочена по-долу. При изготвяне на „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“, всеки участник трябва задължително да съобрази техническата спецификация, проектната документация и останалите изисквания, предвидени в документацията за участие в процедурата.

По този подпоказател в документацията е уточнено, че „на оценка подлежат единствено предложения, които отговарят на посочените по-долу минимални изисквания на Възложителя към съдържанието на „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“.

В Таблица № 1 са посочени минималните изисквания към подпоказателя предложен подход за изпълнение на поръчката с максимален брой от 25 точки, а именно: Предложение за подхода и организация за изпълнение на

обекта, Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите човешки ресурси, Процеса на комуникация и координация, контрол, Ограничаване на негативното влияние от строителния процес върху околната среда. Изрично е посочено, че техническо предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително минимално поставени изисквания в Таблица №1 и в своята последователност, гарантира навременното постигане на резултати, спрямо минималните изисквания на Техническата спецификация.

На следващо място, възложителят е уточнил, че техническо предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително минимално поставени изисквания в Таблица №1 и в своята последователност гарантира навременното постигане на резултати, като ако спрямо него може да бъде заключено мотивирано наличието на някое от изброените по-долу условия, надграждащи Техническото предложение, ще получи за наличие на всяко едно условие допълнително по 5 точки за всяко едно от изброените в таблица № 2 условия.

В Таблица № 2 са посочени „Условия, надграждащи техническото предложение“, които могат да бъдат оценени с максимален брой от 15 точки, образувани като сбор от по 5 точки за всяко отделно надграждащо обстоятелство, а именно:

1. „За всяка задача са посочени ключови моменти при изпълнението, свързаните с тях изходни данни и факторите за навременното и ефективно изпълнение на поръчката, и са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация и оборудване, човешки ресурси и др.) с посочени конкретни задължения на отговорния/те ключов/и експерт/и съобразно спецификата на задачата като са формулирани конкретно предложени технически подходи за изпълнение.

* За целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати.

Предложение за организацията на обезпечаване на необходимите ресурси (материални, технически и човешки), организация на работата на човешкия ресурс за всички дейности, включени в поръчката, с посочена йерархична схема, при което е посочено как се разпределят основните отговорности и дейностите между предвидения от участника човешки ресурс, в съответствие с изложението на подхода за изпълнение на обекта и предварително обявените условия на възложителя“.

2. Представена е вътрешна организация като последователност от конкретни мерки, действия и задължения на отговорните експерти, които осигуряват вътрешния контрол на участника при изпълнението на поръчката чрез конкретно предложени технически подходи за изпълнение, които освен да гарантират ефективното и навременно изпълнение в съответствие с изискванията на приложимите към изпълнението на поръчката норми, стандарти и практики, обосновава повишаване на ефективността при изпълнението на поръчката.

3. Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от

възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда. Допълнителните мерки е необходимо задължително да отчитат спецификата на възлаганите работи и да са насочени към конкретната обществена поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими към всяка една поръчка за строително-монтажни работи без значение на нейния обхват и специфични особености. Всяка мярка е необходимо да съдържа едновременно следните два компонента:

- А) Предложение относно обхвата и предмета на мярката; и
- Б) Текущо прилагане на мярката и предприемане и прилагане на действия в случаите на отклонение от изпълнението ѝ.“

В допълнение е представено и разяснение относно начина на тълкуване на използваните в документацията понятия, а именно – „конкретно“, „приложимо“, „формално разгледан елемент от програмата“, „спецификата на предмета на обществената поръчка“ или „особеностите на предмета на обществената поръчка“.

Настоящият състав намира за основателни възраженията на жалбоподателя, че изготвената методиката за оценка на офертите е изготвена при спазване на всички изисквания на чл. 70, ал. 7 от ЗОП.

Съгласно методиката, техническо предложение, което отговаря на предварително обявените изисквания на възложителя, съдържа задължително минимално поставени изисквания в Таблица №1 и в своята последователност, гарантира навременното постигане на резултати, като ако спрямо него може да бъде заключено мотивирано наличието на някое от изброените условия в Таблица № 2, надграждащи Техническото предложение, ще получи допълнително по 5 точки за всяко едно от изброените условия.

В случая възложителят е разработил базови условия, които покриват минималните му изисквания за изпълнение предмета на поръчката, с оглед постигане на удовлетвореност от изпълнението на поръчката, като изискванията са пряко свързани с предмета на същата. Възложителят е определил и три надграждащи условия, които също така са свързани пряко с предмета на конкретната обществена поръчка и отчитат степента на изпълнение на същата, съгласно изискванията на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП. На следващо място, възложителят е дал конкретни насоки какви елементи следва да съдържа всяко едно от надграждащите условия, като е предоставил свобода на стопанските субекти да посочат мерките, с които да осигурят изпълнението. Надграждащите условия, определени от възложителя, са свързани с предмета на поръчката, като се цели да се провери как участникът ще ги разработи при конкретния предмет и как ще гарантира изпълнението над минимално предвиденото в базовите изисквания. Този подход е благоприятен за всички потенциални участници и не може да се счита за дискриминационен. Той дава възможност на същите от гледна точка на конкретния си професионален опит и разполагаеми ресурси да предложат мерки, които биха били в състояние да приложат и да гарантират максимално ефективно изпълнение на поръчката.

По отношение на първото надграждащо условие, наличието на определени

ключови моменти е допълнителна гаранция за възложителя, че участникът е подготвен за ефективно изпълнение на поръчката, осигурявайки необходимите материално-технически и човешки ресурси, както и експертен персонал с ясно дефинирани задължения и отговорности по отношение на всяка задача, формираща предмета на поръчката, както и относно организиране на работата по осигуряване на ресурсите. Формулирането на визираната в този критерий организация на ресурсите е от съществено значение за осигуряване на успешното изпълнение на поръчката и важен показател за възложителя относно подготовката и възможностите на кандидата да я завърши съгласно очакванията и нуждите му. Настоящият състав не споделя становището на органа, че следва да бъдат определени от възложителя ключовите моменти, тъй като за всяка дейност или задача (съгласно използваната в документацията лексика) те биха били различни. Освен това за възложителя би било информативно кои моменти счита за ключови конкретният участник. На следващо място, допълнителни 5 точки се присъждат на участника, ако е предложил описаната организация на ресурсите, без да се оценява от възложителя същата от качествена гледна точка. Методиката не включва оценка на конкретната предложена от участника организация, а отчита наличието ѝ в техническото предложение.

По отношение на второто надграждащо условие е заложено в методиката получаване на допълнителни 5 точки в зависимост от това дали съответният участник предвижда мерки за вътрешен контрол или не предвижда такива, както и в какво се изразяват тези мерки. Тук, както се посочи и по-горе, конкретните мерки за осигуряване на контрол ще зависят от ресурсите и досегашния опит на всеки кандидат. Така предоставената свобода на избор на конкретните мерки за осигуряване на контрол не ограничава потенциалните участници, а напротив - дава им по-широки граници на избор. Отново – от значение за оценката е единствено наличието на предвидени мерки за контрол, без същите да се подлагат отделно на преценка от комисията. На следващо място, не е налице неяснота относно това какво възложителят ще приеме за ефективно и навременно изпълнение на поръчката, доколкото при възлагането ѝ са определени нейният обхват като дейности и резултат от тях, както и срокът, в който следва да бъдат изпълнени. Използваните формулировки нямат значение, различно от общо употребимия им смисъл, поради което не се нуждаят от изрично дефиниране.

При анализ на третото надграждащо условие не е налице припокриване с минималните изисквания и в частност с това по т. 4 от Таблица № 1. В третото надграждащо условие възложителят е посочил: „Предложени са допълнителни мерки извън базово идентифицираните от възложителя като минимално необходими, касаещи екологични характеристики, а именно намаляване на негативното въздействие от изпълнението върху околната среда.“. Допълнителните мерки се отличават от общите (базово заложените от възложителя като минимално необходими) с това, че трябва да са различни от тях, т.е. не трябва да ги повтарят. Действително надграждащото обстоятелство е свързано с базовите критерии, но именно затова се нарича надграждащо обстоятелство – обвързано е с базовите изисквания, в смисъл че ги надхвърля и дава допълнителни гаранции за изпълнение над

минималните изисквания към техническо предложение. Неправилен и необоснован е изводът на УО по отношение на третия надграждащ критерий. Какво ще се приеме за предложени допълнителни мерки е описано ясно от възложителя, като е уточнил, че за получаване на бонус точки по този критерий участникът следва да предложи мерки по отношение на околната среда, които са специфични за конкретния проект и не се припокриват с общите такива или със специалните, относими към извършване на СМР. Освен това са предвидени две групи обстоятелства, които следва да бъдат покрити в техническото предложение, за да се оцени то с допълнителни 5 точки, а именно – обхват и предмет на мярката, както и текущо прилагане и предприемане на действия при отклонение от изпълнението ѝ.

Според методиката, ако техническото предложение отговоря на минимално поставените изисквания за съдържание, качество и наличие на задължително изискуеми елементи и в своята последователност гарантира навременното и спрямо минималните изисквания на техническата спецификация постигане на резултати, получава 25 точки. При наличието на надграждащо условие се получат съответно 5 точки за съответното условие. Това налага извода, че методиката за комплексна оценка е средство, което позволява на възложителя да избере офертата, която му дава оптималното съотношение качество/цена. Показателите на методиката следва да се преценяват с оглед предмета на поръчката - нейните специфики, характеристики и обем, така както са заложили в техническата спецификация. Утвърдените критерии гарантират обективна оценка на техническите предложения и осигуряват на участниците достатъчно информация за правилата, по които ще се определя оценката по всеки показател. Безспорно е, че оценката се формира на база минимални изисквания и предложени допълнителни надграждащи елементи, поради което е осигурена съпоставимост между отделните оферти, свеждаща се до това дали съдържат само предложение в обхвата на минималните изисквания, или съдържат и допълнителните условия, за които се определят допълнителни точки. Надграждащите условия са описани по начин, по който обективно да бъдат съпоставени представените оферти и да бъдат присъдени точки по всеки от показателите. Допълнителните мерки, предложени от участниците, могат да са с разнороден характер, но точно за да бъдат поставени пред общи условия и да бъдат сравнени обективно офертите, възложителят е дал общи насоки на надграждащото обстоятелство (еднакви за всички участници) и е определил структурния обхват на мерките, а това е достатъчно за разумно информирания и полагащ обичайната грижа стопански субект да разбере как да разработи техническото си предложение, така че да получи възможно най-висока оценка. Следва да се посочи, че съответствието на методиката с чл. 70, ал. 7 от ЗОП не означава офертите да бъдат директно съпоставени, а сравнението се базира на оценката по предвидените подпоказатели и включените задължителни и надграждащи компоненти, което ще формира крайната оценка по този качествен показател и ще позволи сравнението му с останалите предложения, оценени по същия начин, въз основа на същите критерии. Настоящият съдебен състав намира, че в случая не е налице неяснота относно начина на формиране на комплексната оценка, която би довела до разубеждаващ ефект за участие в процедурата, съответно

ограничаване на достъпа на участниците, което се потвърждава и от посочения от жалбоподателя голям брой подадени оферти за участие и липсата на отправени запитвания относно съдържанието на методиката. Следователно не се установява незаконосъобразност на методиката за оценка, относима към изискванията, въведени с чл. 70, ал. 7 от ЗОП, която от своя страна да е довела до нарушаване на принципите за възлагане на обществени поръчки, регламентирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП. В тази връзка не се установява втората предпоставка от фактическия състав на нередността, а именно - нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане.

На следващо място, следва да се отбележи, че е неправилен изводът на УО, че оценката по критериите, заложи в Таблица № 2 към подпоказател „Подход за изпълнение на предмета на поръчката“ има превес при определяне на комплексната оценка. По този подпоказател се предвиждат 40 точки от общо 70 за техническия показател, но 25 от тях са за покриване на минималните изисквания на възложителя съгласно Таблица № 1, които са условие за допускане до оценка. Следователно, тежестта на надграждащите критерии в съвкупност би била най-много 15 точки от общо 100 максимална комплексна оценка, което е 15 %, а не над 50 %, каквито изводи се налагат с мотивите на оспорвания акт.

При недоказаност на основанията за налагане на финансова корекция същата е незаконосъобразно определена с оспорваното решение и същото следва да бъде отменено.

Предвид изложеното жалбата се явява основателна.

Съобразно изхода на спора в полза на жалбоподателя следва да се присъдят разноски, които според представения списък са в размер на 234,70 лв. за държавна такса и за адвокатско възнаграждение в размер на 3600 лв. с ДДС.

С оглед направеното възражение за прекомерност от ответника съдът намира, че следва да редуцира размера на претендирания от оспорващия адвокатски хонорар до минималния такъв съгласно чл. 7, ал. 2, т. 4 от Наредба № 1 от 09.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. В случая по делото е проведено едно открито съдебно заседание, не са отправени доказателствени искания и делото не се характеризира с особена фактическата и правна сложност. Ето защо в полза на жалбоподателя следва да се присъди сумата от 2 996,96 лв. за адвокатско възнаграждение и 234,70 лв. – за заплатена държавна такса.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. второ от АПК, Административен съд София – град, Трето отделение, 16 състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на Напоителни системи ЕАД, ЕИК:[ЕИК], решение № 03-РД/5883 от 07.12.2023 г., издадено от заместник-изпълнителния директор на Държавен фонд „Земеделие“, за частично съгласуване на проведена обществена поръчка и налагане на финансова корекция в размер на 5 % от разходите по договор за възлагане на обществена поръчка в размер на 586

741,14 (петстотин осемдесет и шест хиляди седемстотин четиридесет и един лева и четиринадесет стотинки) лв. без ДДС, с изпълнител П. Инфраструктура ЕООД.

ОСЪЖДА Държавен фонд „Земеделие“ да заплати на Напоителни системи ЕАД, ЕИК:[ЕИК], сумата от 3 231,66 /три хиляди двеста тридесет и един лева и шестдесет и шест стотинки/ за разноски по делото.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

СЪДИЯ: