

РЕШЕНИЕ

№ 7853

гр. София, 23.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 34 състав,
в публично заседание на 07.12.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Тафров

при участието на секретаря Мая Миланова, като разгледа дело номер **7497** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Агенция по заетостта, представлявано от Д. Н.-изпълнителен директор, чрез процесуален представител, против решение от 16.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ (ОП РЧР), съгласно Заповед № РД-03-2/01.12.2020 г., при Министерство на труда и социалната политика (МТСП), за определяне на финансова корекция в размер на 269 904.99 лв. с ДДС, на разходи, включени в И. № 17 по договор №32/26.03.2018 г., с изпълнител [фирма], фактура № [ЕГН] от 09.05.2018 г., отчетени по бюджетен раздел II. 4.1. и 5.1, постановено на основание чл. 73, ал. 1, във връзка с ал. 3 и във връзка с чл. 72 от ЗУСЕСИФ, във връзка с проведена открита процедура по ЗОП, с предмет: „Доставка на многофункционални устройства“ (уникален номер в Р. - 00311-2017-0001) на стойност 899 683.30 лв. без ДДС. Жалбоподателят навежда доводи за материална и процесуална незаконосъобразност на оспорваното решение и за несъответствието му с целта на закона. Оспорва извода на административния орган, че е налице твърдяното нарушение. В тази връзка посочва, че възложителят не е допуснал нарушение на правилата на ЗОП, което да има характер и на „нередност“, по смисъла на Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. на Европейския парламент и Съвета, във връзка с отстраняването на участника [фирма],

респективно определянето за изпълнител на участника [фирма]. Твърди, че може да се заключи, че при оценка на техническите предложения възложителят е извършил действия, които нямат негативно отражение върху бюджета на ЕСИФ. По тези съображения моли за отмяна на решението. В съдебно заседание се представлява от юрисконсулт М., който поддържа жалбата и претендира присъждане на направените по делото разноски. Същевременно прави възражение за прекомерност на претендираните от ответника разноски.

Ответникът по делото – зам.главен директор на главна дирекция „Европейски фондове, международни програми и проекти“ (ГД ЕФМПП) в Министерство на труда и социалната политика (МТСП) и ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020, се представлява от юрисконсулт Т., според който жалбата е неоснователна. Моли за отхвърляне на оспорването и за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, за които представя доказателства и депозира писмени бележки.

Съдът, като обсъди доводите на страните в производството и събраните по делото доказателства, приема за установено следното от фактическа страна:

Жалбоподателят е бенефициер по ДПБФП рег. Номер BG05M9OP001-1.004-0001-C01 по проект-Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите.

В изпълнение на проекта от бенефициента е проведена открита процедура по ЗОП за доставка с предмет „Доставка на многофункционални устройства“. Обявлението за откритата процедура за възлагане на обществена поръчка е публикувано в ОВ на ЕС на 17 февруари 2017 г. под № 2017/5 034-061249. Възложителят е получил четири оферти. Първоначално възлагащият орган отстранява всички оферти поради несъответствие с изискванията. Участниците обжалват решението и Комисията за защита на конкуренцията на Република България го отменя.

След преразглеждане на офертите, възложителят е отстранил трима от четиримата участници, тъй като техническите им предложения не отговарят на техническите изисквания, включени в тръжната документация. Сред причините за отстраняване на един от участниците - [фирма] възложителят е посочил като основание за отстраняване, че в продуктовете листовки няма доказателства, че предложението съответства на техническите спецификации, описани в офертата (включително поддръжка на W. XP/ (32 / 64) операционна система). В резултат на проведената открита процедура бил сключен договор № 32/ 26.03.2018 г. с изпълнител [фирма] на стойност 899 683,30 лв. без ДДС.

На основание чл.73, ал.3 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), във връзка с извършена проверка на пакет отчетни документи в съответствие с чл. 62 и следващите от ЗУСЕСИФ, отнасящи се до искане за плащане № 17 от ИСУН 2020 с отчетен период 01.04.2018г. -31.05.2018г., одиторите от ГД „Регионална и селищна политика“ и ГД „Трудова заетост, социални въпроси и приобщаване“ на Европейската комисия /относно преглед на работата на Одитния орган по ОП „Развитие на човешките ресурси“ (2014BC05M9OP001) - одит №REGC214BO0166/л.263//,е установено нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ и т. 14 от Насоките за определяне на финансови корекции.

При проведена открита процедура по ЗОП от жалбоподателят с предмет „Доставка на многофункционални устройства“ и сключен договор №32/ 26.03.2018г. с

изпълнител [фирма] на стойност 899 683,30 лв. без ДДС е изведена констатация „Липсата на равно третиране по време на оценката, което води до неправилно приемане на печелившата оферта“. Мотивите са следните: представените брошури на продуктите в офертата на избрания изпълнител също не е възможно да се установи съответствие с техническата спецификация за поддръжка на 32- или 64-битова версия на W. XP. Одиторите на Комисията подчертават, че въпреки че са поискани разяснения от избрания участник, зададените въпроси не засягат горепосочената техническа спецификация на продукта.

Според одитния орган възложителят е приел неправомерно спечелилата оферта и не е осигурил равно третиране на участниците в процедурата по възлагане на обществена поръчка е нарушение на разпоредбите на Директива 2014/24/ЕС, член 18, параграф 1 в който се посочва, че Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин; член 56, параграф 1, буква а), в който се посочва, че Поръчките се възлагат въз основа на критериите, определени в (...), при условие че възлагащият орган се е уверил (...). че (...) офертата съответства на изискванията, условията и критериите, посочени в обявлението за поръчката или поканата за потвърждаване на интерес и в документацията за обществената поръчка (...). Предвид гореизложеното при оценка на техническите предложения е допуснато неравно третиране и допускане до класиране на оферта, която не отговаря на изискванията на възложителя. Същото представлява нарушение на принципите, заложи в чл. 2 ал. 1 от ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Нарушението представлява нередност по т. 14 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, за което следва да бъде определена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на верифицираните разходи по договора.

Във връзка с констатираното нарушение от одиторите на Европейската комисия и на основание чл.72, ал.2, във връзка с чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, Управляващият орган е предложил налагане на финансова корекция съгласно т.14, пр. първо от приложение №1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, в размер на 269 904,99 лв. с ДДС.

На основание чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ на бенефициента е дадена възможност да представи възражения и документи по констатираните по-горе обстоятелства в срок от 14 дни от уведомяването. Бенефициентът е представил възражение със съобщение в ИСУН № В005М9ОР001-1.004-0001-С06-М125/01.07.2021г. за основателността и размера на установеното нарушение.

Управляващият орган на ОП РЧР не приема възражението на бенефициента и смята, че е осъществен фактическия състав на определението за „Нередност" по смисъла на Регламент на Европейския парламент и на Съвета № 1303/2013 г., тъй като е налице нарушение и нанасяне на вреда или реална възможност да бъде нанесена вреда, както и че възложителят е допуснал нарушение на правилата на ЗОП- неравно третиране и допускане до класиране на оферта, която не отговаря на изискванията на възложителя.

Направен е извод, че в техническото предложение на участника [фирма], определен за изпълнител на обществената поръчка, се установява съответствие между характеристиките на монохромните многофункционални устройства от Тип 1, 2 и 3 и предложените технически параметри не може да бъде възприето от УО на ОП РЧР. В техническото предложение на този участник никъде изрично не е посочено съответствието с операционна система W. XP (32/64). При тези констатации решаващия орган е приел, че е налице нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ -допуснат е до класиране кандидат [фирма], чиято оферта не отговаря на изискванията на възложителя и е следвало да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2, б. „а" от ЗОП. С влязло в сила Решение за верификация на И.№17 с рег. № В005М90Р001-1.004/45 от 06.08.2018г., са верифицирани разходите по договор № 32/26.03.2018г. с изпълнител [фирма] в размер на 1 079619.96лв. с ДДС и същите са изплатени на бенефициента.

С горните мотиви било издадено решение от 16.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси" (ОП РЧР), съгласно Заповед № РД-03-2/01.12.2020 г., при Министерство на труда и социалната политика (МТСП), за определяне на финансова корекция, постановено на основание чл. 73, ал. 1, във връзка с ал. 3 и във връзка с чл. 72 от ЗУСЕСИФ, във връзка с проведена открита процедура по ЗОП, с предмет: „Доставка на многофункционални устройства" (уникален номер в Р. - 00311-2017-0001) и сключен договор № 32/26.03.2018 г., с изпълнител [фирма], на стойност: 899 683.30 лв. без ДДС, с което се установява извършено нарушение, по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - „Липсата на равно третиране по време на оценката, което води до неправилно приемане на печелившата оферта". Определена е финансова корекция, в размер на 25 на сто от засегнатите допустими разходи., като по т. 3 е извършена финансова корекция, в размер на 269 904.99 лв. с ДДС, на разходи, включени в И. № 17 по договор № 32/26.03.2018 г., с изпълнител [фирма], фактура № [ЕГН] от 09.05.2018 г., отчетени по бюджетен раздел II. 4.1. и 5.1.

Въз основа на установените по делото факти, съдът прави следните правни изводи: В случая Решението, издадено на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, е постановено от компетентен орган. 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. В чл. 9, ал.5 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Решението е издадено в задължителната по закон писмена форма - чл. 59, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК.Противно на изложеното в жалбата по всяко едно от констатираните нарушения в обжалваното решение АО е изложил подробни мотиви като е коментирал включително и отговорите на жалбоподателя по повод констатациите в хода на административното производство. Решението е издадено от компетентен орган, съгласно заповед № РД-03-2/01.12.2020г./л.23/.

Спазени са правила по процедурата преди налагане на финансовата корекция. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на Б. да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от

две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото е безспорно, че това изискване на закона е спазено - органът е уведомил бенефициента за основанията и за размера на финансовата корекция по смисъла на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ. Спазен е и изискуемият от чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ срок за издаване на решението.

Видно от изложеното в хода на административното производство органът не е допуснал нарушение на административнопроизводствените правила.

Спорът по делото, се свежда до материалната законосъобразност на акта, във връзка с наличието на предпоставките за нередност, по смисъла на приложимия материален закон, във връзка с констатираните от УО нарушения на националното законодателство по ЗОП, изразяващо се във въведени ограничаващи конкуренцията от възложителя критерии в условията за участие в обществената поръчка.

Нормата на чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕСИФ определя, че финансова корекция се извършва 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. Такава нередност може да бъде извършена, чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, както и на т.36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност“. 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 или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В настоящия случай, се установиха предпоставките за налагане на ФК, поради нарушения на императивни норми на ЗОП.

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл.2, т.36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. 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 разбиране на разпоредбата на чл.2, т.36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл.2, т.7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможност нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за

отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатираните нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност, от които следва да се води всяка обществена поръчка – чл.2, ал.2 ЗОП.

Следва да се определи налице ли е соченото нарушение на ЗОП, и ако е налице правилно ли е квалифицирано и правилно ли е наложена финансовата корекция в посочения размер.

В оспореното решение са изложени мотиви, че поставеното в техническите характеристики изискване монохромно мултифункционално устройство тип 1,2,3 за поддържани операционни системи W. XP 32/64 следва да бъде установено от представените от участниците документи, доказващи съответствие с техническите изисквания, чрез техническа спецификация или брошура. Именно това условие е довело до отстраняване на участника [фирма]. Възложителят е приел, че от предложението му не става ясно поддържа ли операционна система W. XP 32/64, тъй като в представената брошура такава информация липсва, въпреки изричното посочване в техническото предложение. По отношение обаче на спечелилият участник, възложителя е третиран по-различен начин, въпреки наличието на същите условия, а именно: в представената от „М. бизнес машин“ брошура също липсва информация за поддържащи W. XP 32/64 устройства. В случая подхода на възлагащия орган излизащ извън съдържанието на представените в офертата документи, като въз основа на хипервръзка, включена в брошурата, посещава уебсайта на производителя, където намира доказателство, че тази конкретна операционна система се поддържа. Разяснения относно наличието на конфигурациите в зависимост от географското положение не са поискани, а възложителя е потвърдил, че предложението на участника отговаря на техническите изисквания в документацията за участие. Такива действия не са извършени от комисията при разглеждане на офертата на отстранения участник [фирма]. В тази връзка са неоснователни възраженията на жалбоподателя относно наличието на доказателства за операционните системи, отговарящи на изискванията в предложението на [фирма]. Още повече, че документите от уебсайта на производителя на устройствата са от 2019г., а процедурата е приключила през 2017г.

Несъмнено предвид гореизложеното, съдът споделя извода, че възложителя е приел неправомерно спечелилата оферта и не е осигурил равно третиране на участниците в процедурата по възлагане на обществена поръчка в нарушение на разпоредбите на Директива 2014/24/ЕС, според която, член 18, параграф 1 Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин и предвид разпоредбата на член 56, параграф 3, в която ясно е посочено, че когато информацията или документацията, която трябва да бъде представена от икономическите оператори, е или изглежда непълна или погрешна или когато липсват конкретни документи, възлагащите органи могат, освен ако националното

право, в изпълнение на настоящата директива, не предвижда друго, да поискат от съответните икономически оператори да представят, допълнят, пояснят или попълнят съответната информация или документация в подходящ срок, при условие, че исканията за това са отправени в пълно съответствие с принципите на равнопоставеност и прозрачност. С оглед на гореизложеното при оценка на техническите предложения е допуснато следното нарушение - неравно третиране и допускане до класиране на оферта, която не отговаря на изискванията на възложителя. Същото представлява нарушение на принципите, заложиени в чл. 2 ал. 1 от ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Извършените действия противоречат на разпоредбата на чл. 2, ал. 1 ЗОП, а именно, нарушава принципите на свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация на потенциалните кандидати. Безспорно, съдът приема, че е налице нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ -допуснат е до класиране кандидат [фирма], чиято оферта не отговаря на изискванията на възложителя и е следвало да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2, б. „а" от ЗОП.

Нарушен е принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, както и този за свободна конкуренция, установени в чл. 2. ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. Допуснато е нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 2. ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, с което е нанесена е вреда на средства от Европейския съюз - при неспазване принципите на чл. 2 от ЗОП, възложителят е формулиран ограничително условие, което необосновано ограничава участието на определен кръг лица в процедурата. Нарушена е разпоредбата на чл. 160 на Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 година за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012.

Нарушението представлява нередност по т. 14 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, за което следва да бъде определена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на верифицираните разходи по договора.

При това положение, съдът намира, че законосъобразно административният орган е определил ФК в размер на 25% от стойността на засегнатите допустими разходи по процесния договор и жалбата на Агенцията по заетостта, представлявана от изпълнителния директор Д. Н., се явява неоснователна и следва да се отхвърли.

При този изход на спора, разноски се дължат на ответника в съответствие с чл.143 ал.4 от АПК, във връзка с чл.78 ал.8 от ГПК и чл.25, ал. 1 от Наредбата за заплащане на правната помощ, в размер на 200.00лв. за юрисконсултско възнаграждение. Съдът намира претенцията за присъждане на възнаграждение в условията на ал. 2 на същата разпоредба за

неоснователен.

Воден от горното, Административен съд- София – град, III отделение, 34-ти състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ оспорването Агенция по заетостта, представлявано от Д. Н.- изпълнителен директор, против решение от 16.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ (ОП РЧР), съгласно Заповед № РД-03-2/01.12.2020г., при Министерство на труда и социалната политика (МТСП), за определяне на финансова корекция в размер на 269 904.99 лв. с ДДС, на разходи, включени в И. № 17 по договор № 32/26.03.2018 г., с изпълнител [фирма], фактура № [ЕГН] от 09.05.2018 г., отчетени по бюджетен раздел II. 4.1. и 5.1, постановено на основание чл. 73, ал. 1, във връзка с ал. 3 и във връзка с чл. 72 от ЗУСЕСИФ.

ОСЪЖДА Агенция по заетостта да заплати по сметката на Министерството на труда и социалната политика, сумата в размер на 200,00/ двеста лева/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд на Република България [населено място], в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: