

РЕШЕНИЕ

№ 3833

гр. София, 11.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 11.03.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова и при участието на прокурора Емил Георгиев, като разгледа дело номер **11349** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба от Министерство на образованието и науката срещу Решение № 02-333/30.10.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г.

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е неправилно и незаконосъобразно, поради противоречие с материалноправните разпоредби. Неправилно подвеждане на фактите довело до погрешен извод за наличие на нарушение при откриване на процедурата за възлагане на обществена поръчка, поради което моли същото да бъде отменено.

Ответникът, в съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, като неоснователна. Подробни доводи излага в постъпили по делото писмени бележки.

Представителят на СГП, счита постъпилата жалба за неоснователна и предлага същата да бъде отхвърлена.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

По административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-2.012-0001 „Образование за утрешния ден“ с бенефициент Министерство на образованието и науката, и в качеството му на възложител, е проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка и гаранционен сервиз на компютърна и периферна техника и на инфраструктурно оборудване за нуждите на Министерството на образованието и науката и изпълняваните от него политики и проекти“ - 4 обособени позиции и сключено рамково споразумение № Д01-200/10.10.2019 г. по обособена позиция № 4 „Комуникации и сигурност“ с изпълнители [фирма], [фирма] и [фирма], по което са извършени разходи, които са отчетени с пакет отчетни документи № 5 по проект BG05M2OP001- 2.012-0001 „Образование за утрешния ден“, представен в ИСУН 2020 на 11.09.2020г. При проверка на възложената обществена поръчка, открита на 12.04.2020год. и сключения договор за обществена поръчка по обособена позиция № 4, са констатирани нередности, които са основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ.

Констатираните нередности са посочени в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. номер BG05M2OP001 -2.012-0001 -СО 1-М066 от 14.10.2020 г., както следва:

Използване на критерии за подбор или условия за изпълнение на поръчката, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания.

В раздел III. 1.3. „Технически и професионални възможности" от обявлението възложителят е заложил следните критерии за подбор:

„Участниците следва да представят следните документи за доказване на техническите и професионалните им способности:

4. Декларация, съдържаща описание на сервизите, оторизирани да извършват ремонт на предлаганата техника, с посочване на точния адрес и основанието за ползването им в съответствие с изискванията в т. 4.

При подаване на оферта участниците декларират съответствието си с критерия за подбор в Единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП), чрез попълване на раздел В и Г на част IV „Критерии за подбор“.

При попълване на раздел В на част IV „Критерии за подбор“ в поле „Инструменти, съоръжения или техническо оборудване“ участниците трябва да опишат сервизите, с които разполагат, с посочване на точния адрес, основанието за ползване на всеки от сервизите, както и да посочат индивидуализиращи данни (номер, дата, издател) на писмото от производителя, потвърждаващо че съответните сервиси са оторизирани за извършване на дейности по сервиз на предлаганите артикули. Участниците в процедурата трябва да отговарят на следните минимални изисквания към техническите и професионалните им способности:

4. Участниците по всички обособени позиции трябва да разполагат с инструменти,

съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката, както следва:

4.1. За обособени позиции № 1 и 4 участниците (ако не са производители на предлаганата техника) следва да разполагат с най-малко 1 (един) сервиз, намиращ се на територията на [населено място]. “

В документацията за участие (част II. Технически спецификации, Раздел I, стр. 9) е поставено допълнително условие:

„ 1.Участниците в обществената поръчка трябва да бъдат или производители на предлаганата техника по съответната обособена позиция, за която подават оферта, или да бъдат оторизирани от производителя и или от негов официален представител за България за продажбата и гаранционното поддържане на техниката на територията на страната.

2. За доказване на изискването по т. 1 участниците следва да представят към техническото си предложение за изпълнение па поръчката документ/и от производителя на съответната техника, или от негов официален представител за България, удостоверяващ правото на участника за продажба и гаранционно поддържане на техниката на територията на Република България.Това може да бъде договор, оторизационно писмо или друг документ, чийто срок на валидност покрива срока за изпълнение на обществената поръчка. “

От посочените критерии/условия следва, че:

Участниците, които са производители, следва да опишат сервизите, оторизирани да извършват ремонт на предлаганата техника (няма изискване за местоположение на сервизите);

Участниците, които не са производители на предлаганата техника, следва да разполагат с най-малко 1 (един) сервиз, намиращ се на територията па [населено място].

На първо място прието е, че е налице неравнопоставеност между двата вида допустими участници, съответно изискванията дават предимство на участниците, които са производители.Поставянето на различни изисквания към двата вида участници, допустими съгласно документацията за участие, противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и на принципа за свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 1-2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) като дава необосновано предимство на потенциални участници, които са производители на предлаганата техника, и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на подаване на офертата не разполагат с най- малко един сервиз, намиращ се на територията на [населено място], за който могат да посочат точния адрес, основанието за ползване, както и да посочат индивидуализиращи данни (номер, дата, издател) на писмото от производителя, потвърждаващо, че съответният сервиз е оторизиран да извършва дейности по сервиз

на предлаганите артикули.

На второ място, поставеното изискване към участниците, които не са производители, да разполагат със сервиз, намиращ се на територията на [населено място], освен дискриминационна се явява и необосновано според УО, тъй като местоположението на сервиза не е от значение за изпълнението на предмета на поръчката. Инсталацията и поддръжката на доставеното оборудване може да се извърши, както от сервиз, намиращ се в [населено място], така и от сервиз, намиращ се в [населено място] или др. Изискването за конкретно местоположение на сервиза не произтича от предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка, поради което е прието за необосновано, непропорционално и води до ограничаване на конкуренцията.

На трето място се сочи, че възложителят е поставил тези изисквания като критерии за подбор, т.е. те са насочени към потенциалните участници. С въвеждане на кумулативно изискване за индивидуализиране на сервиза чрез посочване в ЕЕДОП на точния адрес, основанийето за ползване на всеки от сервизите, както и да се посочат индивидуализиращи данни (номер, дата, издател) на писмото от производителя, потвърждаващо че съответните сервизи са оторизирани за извършване на дейности по сервиз на предлаганите артикули, възложителят е дерогирал възможността за представяне на информацията на по-късен етап (при сключване на договора) и с поставил изискване участниците да разполагат с конкретен сервиз към датата на подаване на оферта. С така формулираните изисквания възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници - или производители, които към момента на кандидатстване разполагат с оторизиран сервиз, или участници, които не са производители, и разполагат с оторизиран сервиз, намиращ се в [населено място]. Поради което възложителят не е дал възможност участие в процедурата да вземат участници, които към момента на кандидатстване не разполагат със сервиз, оторизиран за извършване на дейности по сервиз на предлаганите артикули, но в случай че бъдат избрани за изпълнител - ще осигурят такъв. В този смисъл за всеки един участник, който желае да участва в процедурата, ще е налице понасяне на административна тежест и финансова тежест, без да има яснота дали ще бъде избран за изпълнител. Със заложените изисквания необосновано се сочи, че се ограничава участието на икономически оператори в процедурата, което обуславя техният дискриминационен характер.

При издаването на оспореното решение са спазени всички изисквания относно компетентността, административнопроизводствените правила, формата на акта, правилното приложение на материалния закон и съответствието с целта на закона.

Жалбоподателят не оспорва квалификацията на нарушенията по приложението на Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /наредбата/, не оспорва и изискванията и приложението на нормите на Закона за обществените поръчки /ЗОП/ и Регламент (ЕС)

№ 1303/2013, а сочи неотнормими към спора съображения.

Доколкото посочените изисквания в разглежданата процедура са поставени като критерии за подбор на етап кандидатстване спрямо всички потенциални участници по процедурата и са част от минималните изисквания за допустимост съгласно чл. 59, ал. 5, изречение второ от ЗОП, които не са съобразени с предмета на обществената поръчка и противоречат на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и принципа за свободна конкуренция, обявени в чл. 2, ал. 1, т. 1-2, и са в разрез с ал. 2 на същата разпоредба от ЗОП, УО правилно е приел, че са налице нарушения, за които е налице основание за определяне на финансова корекция в съответствие с т. 10, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Непроизвеждането на оборудването, което е предмет на поръчката, на територията на Република България по естеството си е отрицателен факт и се доказва/установява чрез изключващи го положителни факти, но жалбоподателят не сочи такива. Изложеното в жалбата не се установява от събраните по делото доказателства. Освен това чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ указва на бенефициента в производството да представи доказателства в подкрепа на твърденията си. В тежест на възложителя /в случая бенефициента и жалбоподател/ е да мотивира избора си на изискванията на обявената от него обществена поръчка. И в производството пред УО, и в съдебното производство жалбоподателят не е представил доказателства в подкрепа на твърденията си.

На следващо място наличието на клаузите в т. 7.4. и т. 7.5. от проекта на договора към документацията на обществената поръчка, самостоятелни и независими спрямо условието за сервиз на територията на [населено място] показва, че от значение за изпълнение на поръчката е именно навременната реакция и поправка, а не местоположението на сервиза. Начинът на отправяне на заявката от възложителя към изпълнителя не е чрез посещение на място от страна изпълнителя или предаване от възложителя на оборудването до сервиза на изпълнителя, а чрез подаването на писмената заявка от възложителя или упълномощено от него лице чрез електронния адрес на изпълнителя, което също е показателно, че не се отдава определящо значение на местоположението на сервиза. Времето за сервизна реакция на изпълнителя/не поправка/ е един работен ден от подаването на писмената заявка чрез електронния адрес на изпълнителя - т. 7.4. от проекта на договора и не се намира в причинно-следствена връзка с местоположението на сервиза. Срокът за отстраняване на повредата (който, може да е свързан с определени фактически действия с оборудването) е 5 работни дни - т. 7.5. от проекта на договора. При това положение в указания срок от 1 и 5 работни дни е възможно поръчката да се изпълни и в населено място извън [населено място], поради което и изводът на УО е обоснован. Изложеното от жалбоподателя, че изпълнението на поръчката може да се осигури само от сервиз в [населено място] не намира опора нито в условията на договора, нито държи сметка за възможността в указания срок поръчката да се изпълни и в населено място извън [населено място]. Затова и правилен се явява извода на Р. на ОП НОИР, че инсталацията и поддръжката на доставеното оборудване може да се извърши с еднакъв успех, както от сервиз, намиращ се в [населено място], така и от сервиз, намиращ се в [населено място] или в друг град. Доколкото горепосочените изисквания

в разглежданата процедура са поставени като критерии за подбор на етап кандидатстване спрямо всички потенциални участници по процедурата и са част от минималните изисквания за допустимост съгласно чл. 59, ал. 5, изречение второ от ЗОП, и предвид изложеното, изискването касаещо местоположението на сервиза, не е съобразено с предмета на обществената поръчка и противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и принципа за свободна конкуренция, в чл. 2, ал. 1, т. 1-2, и са в разрез с ал. 2 на същата разпоредба от ЗОП. Р. правилно е приел, че са налице нарушения, за които следва да бъде стартирана процедура за определяне на финансови корекции в съответствие с т. 10, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

В. е използвал това изискване като критерий за подбор и с цел спазване на принципа за свободна и лоялна конкуренция е следвало да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява и не натоварва участниците (например да декларира, че ако бъде избран за изпълнител участникът ще осигури собствен или нает сервиз в [населено място]). С така формулираните изисквания възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници - или производители, които към момента на кандидатстване разполагат с оторизиран сервиз, или участници, които не са производители, и разполагат с оторизиран сервиз, намиращ се в [населено място]. Безспорно възложителят не е дал възможност за участие в процедурата да вземат участници, които към момента на кандидатстване не разполагат със сервиз, оторизиран за извършване на дейности по сервиз на предлаганите артикули, но в случай че бъдат избрани за изпълнител - ще осигурят такъв. В този смисъл за всеки един участник, който желае да участва в процедурата, ще е налице понасяне на административна тежест и финансова тежест, без да има яснота дали ще бъде избран за изпълнител. Със заложените изисквания необосновано се ограничава участието на икономически оператори в процедурата, което обуславя техният дискриминационен характер. Позицията на чл. 63 от ЗОП е неотнормируема в случая и не може да оправдае залагането на това ограничаващо изискване.

По отношение на съображенията в жалбата за финансовото отражение и вредата за бюджета, същите са бланкетни и не се подкрепени от изводи и конкретни аргументи. Финансовото отражение и вредата за бюджета са описани и разгледани от УО в процесното решение.

Описаните нарушения на националното законодателство в областта на обществените поръчки обуславят потенциална вреда за бюджета на ЕС, съобразно определението за нередност, дадено в чл. 2, § 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013.

Нередност 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. Доколкото разглежданата обществена поръчка е довела до сключването на Договор № Д03-24/21.07.2020 г., по който са извършени разходи, отчетени с фактури №[ЕГН]/23.07.2020 г. и № [ЕГН]/28.08.2020 г., които са включени в искането за плащане към пакет отчетни документи № 5 по проект BG05M2OP001-2.012-0001 „Образование за утрешния ден“, представен в ИСУН 2020 на 11.09.2020 г., и тези разходи са поискани от бенефициента за възстановяване от ЕСИФ, то установените от

УО нарушения, то безспорно биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

По отношение на вредата, като елемент от фактическия състав на определението за нередност следва да се отчете и практиката на Съда на Европейския съюз (решение от 14 юли 2016, Wroclaw, C-406/14, EU:C:2016:562, съображение 45), където е указано, че неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд.

Поставените изисквания към двата вида допустими участници, както и изискването за конкретно местоположение на използвания сервиз от участници, които не са производители, са дискриминационни и непропорционални (несъобразени) с предмета на обществената поръчка и са в противоречие с чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

Доколкото горепосочените изисквания в разглежданата процедура са поставени като критерии за подбор на етап кандидатстване спрямо всички потенциални участници по процедурата и са част от минималните изисквания за допустимост съгласно чл. 59, ал. 5, изречение второ от ЗОП, които не са съобразени с предмета на обществената поръчка и противоречат на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и принципа за свободна конкуренция, обявени в чл. 2, ал. 1, т. 1-2, и са в разрез с ал. 2 на същата разпоредба от ЗОП, УО правилно приема, че са налице нарушения, които са основание определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - 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.

Определянето на метода за изчисляване на размера на финансова корекция се извърши на основание чл. 3, ал. 2 и чл. 5 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 (приета с ПМС № 57 от 2017 г., последни изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 06.03.2020) чрез прилагането на пропорционалния метод, тъй като поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици по отношение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ). Поради това, че възложителят незаконосъобразно е определил дискриминационни критерии за подбор и като пряка последица от това незаконосъобразно е ограничил кръга на участниците в поръчката, не може с точност да се определи колко потенциални участници биха проявили интерес към поръчката, съответно биха подали оферти и какво биха оферирали като техническо и ценово предложение. Поставените различни изисквания към двата вида допустими участници, както и изискването участникът, който не е производител, да разполага с оторизиран сервиз, намиращ се на територията на [населено място], водят до разубеждаващ ефект у потенциалните участници, съответно размерът на финансовото отражение на всяко от констатираните нарушения обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира колко участници биха подали оферти и каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП по обособена позиция № 4, който би участвал в процедурата, ако ги нямаше посочените критерии за подбор.

Констатираното нарушение по обособена позиция 4 представлява нередност по т. 10, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (приета с ПМС № 57 от 2017 г., последни изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 06.03.2020), за която е предвидена финансова корекция в размер 10 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатите договори с изпълнители.

Предвид изложеното за горепосочената нередност в съответствие е т. 10, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 2017 г. (последно изменена и допълнена. ДВ, бр. 19 от 06.03.2020), УО определя финансова корекция в размер на 10 % върху поисканите за възстановяване от ЕСИФ

допустими разходи по всички договори за обществена поръчка, сключени в резултат на рамково споразумение № Д01-200/10.10.2019г. по обособена позиция № 4 „Комуникации и сигурност“ с изпълнители [фирма], [фирма] и [фирма]. Тъй като в ПОД № 5 по проект BG05M20P001-2.012-0001 „Образование за утрешния ден“ са включени извършени разходи по договор за обществена поръчка № Д03-24/21.07.2020 г., сключен в резултат на рамково споразумение № ДО 1-200/10.10.2019 г. по обособена позиция № 4, УО е определил финансова корекция в размер на 10 % върху поисканите за възстановяване допустими разходи по договора за обществена поръчка Договор № Д03-24/21.07.2020 г., изпълнител [фирма].

Оспореното Решение е издадено в законоустановената писмена форма, мотивирано е и при постановяването му не са допуснати съществени нарушения на производствените правила и на приложимото материално право.

С оглед на изложеното, оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и е в съответствие с целта му, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 36-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на образованието и науката срещу Решение № 02-333/30.10.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок от съобщаването на страните, пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: