

РЕШЕНИЕ

№ 399

гр. София, 22.01.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 11 състав,
в публично заседание на 07.12.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Петя Стоилова

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **9403** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК вр. с чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Производството е образувано по жалба на ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА „СВ. А. И Е. М.“ - БАН срещу Решение №0901-17/27.08.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25% върху стойността на предоставената БФП по сключени 4 бр. договори за обществени поръчки.

Жалбоподателят счита, че решението е издадено в противоречие с материалноправните разпоредби и при съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Не са посочени основанията за налагане на финансовата корекция, което възпрепятства упражняването на правото на защита и преценката на съда за законосъобразност на акта. Нередност по смисъла на Регламент 1303/2013г. липсва. Констатациите на УО са неправилни, необосновани и некореспондиращи с установените по случая факти и обстоятелства, неясни са и вътрешно противоречиви.

В жалбата са развити подробни съображения, относно неправилност на констатациите на УО за всяко едно от описаните в решението за налагане на финансова корекция нарушения. Подчертава се, че самата структура на решението е изключително разкъсана и неясна, което затруднява правото на защита. Не е обсъдено становището на жалбоподателя и цитираното от него решение на ВАС, което е прието за

неотносимо без съответната аргументация. Твърдяното нарушение по т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности не е извършено, както не са настъпили и описаните от УО вреди за бюджета на общността. Не е спазена и установената форма за издаване на акта, липсват освен мотиви и разпоредителна част, с която да се определят правата и задълженията на адресата.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез юрисконсулт Ц. поддържа жалбата, счита, че са нарушени насоките на оперативната програма и административния договор, тъй като процедурата за налагане на финансовата корекция е стартирала два пъти. Претендира присъждане на разноски, включително юрисконсултско възнаграждение. Постъпили са писмени бележки.

Ответникът - Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, чрез пълномощника си по делото оспорва подадената жалба и моли съда да я остави без уважение. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение и представя писмени бележки.

Съдът, като взе предвид констатациите в обжалвания акт, становищата на страните и представените по делото доказателства, приема за установено следното:

С оспореното Решение №0901-17/27.08.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25% върху стойността на предоставената БФП по сключени 4 броя договори за обществени поръчки, на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от ЗУСЕСИФ, чл. 4, ал. 1 и чл. 6, т. 1 от УП на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. във връзка с § 8 от ПР на Постановление № 35 на МС от 04.03.2020 г. за изменение и допълнение на Наредбата, на основание чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от НАДЕСИФ, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г.

По административен договор за БФП № BG05M2OP001-1.002-0006 водеща организация - бенефициент е Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ – БАН. В качеството му на възложител, Институтът е провел обществена поръчка с предмет: „Доставка на компютърно и офис оборудване, необходимо за лабораториите на ЦК К., на територията на ИР-БАН и ВВМУ – В.“, разделен на следните обособени позиции:

Обособена позиция № 1: „Доставка на компютърно и офис оборудване на територията на ИР- БАН“;

Обособена позиция № 2: „Доставка на компютърно и офис оборудване на територията на ВВМУ - В.“;

Обособена позиция № 3: „Доставка на озвучителна система на ЦК К., на територията на ИР- БАН“, в предмета се включва и монтаж на доставеното оборудване;

Обособена позиция № 4: „Доставка на климатици за лабораториите на ЦК К. на територията на ИР- БАН“.

Сключени са следните договори: 1. По ОП №1: Договор №7/05.02.2020г. с [фирма] на стойност 39 280лв. без ДДС; 2. По ОП №2: Договор №562/24.02.2020г. с [фирма] на стойност 34 530лв. без ДДС. 3. По ОП №3: Договор №8/05.02.2020г. с [фирма] на стойност 4 457лева без ДДС; 4. По ОП №4: Договор №9/05.02.2020г. с [фирма] на стойност 10 097 без ДДС.

При проверка на възложената обществена поръчка и сключените договори е констатирано съмнение за нередност, която е основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ за следното нарушение:

Констатация №1: Използвани са изисквания в техническата спецификация по Обособена позиция №1 и Обособена позиция №2, които ограничават достъпа на участниците до конкурсната процедура. Към документацията за обществената поръчка е приложена Техническа спецификация, съдържаща информация за всички обособени позиции, като техническите спецификации включват търговска марка. Упомената е операционната система W. 10 PRO и смарт системата A., които представляват търговски марки. W. 10 PRO е регистрирана търговска марка на M. C. в САЩ, а A. е регистрирана търговска марка на G. I..

Горното е квалифицирано като нарушение на чл.49, ал.2 от ЗОП във връзка с чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП в приложимата редакция. Прието е, че нарушението ограничава кръга на потенциалните участници, следователно не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Нарушението представлява нередност по т.11, б.б) от Приложение №1 към чл.2, ал.2 от НПНПОИФКППОРФК по реда на ЗУСЕСИФ: “случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“. В настоящия случай по обособена позиция №1 са получени 3 оферти, които отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция. По обособена позиция №2 също са получени 3 оферти. За допуснатото нарушение е определена финансова корекция в размер на 5% от размера на предоставената ФПЕСИФ по сключените договори по ОП №1 Договор №7/05.02.2020г. с [фирма] на стойност 39 280лв. без ДДС и по ОП №2 по сключения договор №562/24.02.2020г. с [фирма] на стойност 34 530лв.

Констатация №2: Критериите за подбор са неправилно приложени, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат или участник, който не отговаря на критериите за подбор. Съгласно обявлението за обществена поръчка, раздел VI.3) Допълнителна информация, изречение второ: Възложителят отстранява от участие участник, за когото са налице основанията по чл.54, ал.1 от ЗОП и чл.55, ал.1 от ЗОП, условията по чл.107 от ЗОП, както и участник, за когото са налице забранителни основания по Закона за икономическите и финансовите отношения с дружествата, регистрирани в юрисдикции с преференциален данъчен режим, свързаните с тях лица и техните действителни собственици, и не са приложими изключенията, предвидени в този закон.

Видно от документацията за участие, раздел III Условия за участие, т.1.2. „Лично състояние на участниците“, Възложителят е въвел специфични основания за отстраняване:

„...2.На основание чл.59 от ЗПКОНПИ, участниците следва да не се намират в някоя от ситуациите, за което следва да се декларира, че участникът/ негов представител не е в някоя от следните хипотези:

1) Лице, заемащо висша публична длъжност, няма право да се разпорежда с държавно или общинско имущество, да разходва бюджетни средства, включително средства от фондове, принадлежащи на Европейския съюз или предоставени от Европейския съюз на българската държава, да издава удостоверения, разрешения или лицензии или да осъществява контрол по тези дейности в интерес на юридически лица с нестопанска

цел, търговски дружества или кооперации, в които то или свързани с него лица са членове на орган на управление или контрол, управители, съдружници или притежават дялове или акции. Това условие се прилага и по отношение на свързани със заемащия висшата публична длъжност лица, които са еднолични търговци.

2) Лице, заемащо висша публична длъжност, няма право да извършва дейностите по т.12.2.1. и в интерес на юридически лица с нестопанска цел, търговски дружества или кооперации, в които то е било член на орган на управление или контрол, управител, съдружник или е притежавало дялове или акции една година преди датата на избирането или назначаването му, или докато заема длъжността.

Участниците, а когато е приложимо и подизпълнителите следва да декларират в еЕЕДОП (Единният европейски документ за обществени поръчки), че за тях не са налице обстоятелствата по чл.3, т.8 и чл.5, ал.1, т.3 от Закона за икономическите и финансовите отношения с дружествата, регистрирани в юрисдикции с преференциален данъчен режим, свързаните с тях лица и техните действителни собственици, както и някои от условията по чл.59 от ЗПКОНПИ. За удостоверяване на това обстоятелства участникът декларира в ЕЕДОП, част III Основания за изключване, раздел Г: Други основания за изключване, които могат да бъдат предвидени в националното законодателство на възлагащия орган или на възложителя на друга държава членка. Тези обстоятелства се считат за декларирани с посочване от участника в еЕЕДОП, че не се прилагат национални основания за изключване.

В процесния случай, в представените еЕЕДОП от изборния за изпълнител участник за ОП1, ОП2, ОП3 и ОП4 [фирма], от част III: Основания за изключване липсва раздел Г, т.е. не е налице декларация от участника, че не се прилагат национални основания за изключване на етап подбор. Видно от протокол №1 от 11.12.2019г. от работата на комисията, не е била констатирана непълнота в част III, Раздел Г от ЕЕДОП за ОП 1,2,3 и 4, представени от К. АД. Напротив, участникът е бил допуснат до участие в последващия етап на обществената поръчка. Поради това е прието от административния орган, че в нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП е определен за изпълнител участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор, тъй като не е декларирал в посочения раздел, че не се прилагат национални основания за изключване. Неправилното прилагане на критериите за подбор по време на етап на подбора е довело до допускане на участник, чиято оферта не би трябвало да бъде допусната до по-нататъшно участие в процедурата, при правилното им прилагане. Възложителят е допуснал, класирал и определил участник, който не отговаря на условията за обществена поръчка и това е в нарушение на националното законодателство и принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. В оспореното решение е прието, че доколкото кандидатът не е отговарял на критериите за подбор и независимо от това не е отстранен, то е налице хипотезата на т.14 от приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности: Критериите за подбор са неправилно приложени, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на критериите за подбор. Финансовото изражение на констатираното нарушение, според ръководителя на УО по програмата се изразява в това, че поради ограничителното си влияние, нарушението способства за подаване на по-малко оферти от кандидати и в резултат се стига до ограничаване на конкуренцията и до намаляване на възможността за избор на по-конкурентна оферта, като условие за ефикасното и ефективно разходване на средствата, отпуснати от бенефициера, което обуславя потенциална вреда за бюджета

на ЕС. Извършеното е квалифицирано като нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП вр. с чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП, което представлява нередност по т.14 - Критериите за подбор са приложени неправилно, в резултат е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на критериите за подбор. Доколкото, поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като участникът [фирма] определен за изпълнител е единственият допуснат до оценяване на ценовото предложение и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прецени каква би била най-добрата предложена оферта от участниците в процедурата, то на основание чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ и чл.5, ал.1 от Наредбата е определена финансова корекция в размер на 25% от размера на предоставената финансова подкрепа по сключените четири договора с [фирма], по всички четири обособени позиции от обществената поръчка. Срещу констатациите на УО бенефициентът е възразил, като в издаденото решение за налагане на финансова корекция се е мотивирал, относно неприемането на възраженията за основателни.

Предвид установеното съдът, след като се запозна с представената административна преписка и становищата на страните, прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в законоустановения срок и е допустима.

Разгледана по същество жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА.

При извършената служебна проверка за законосъобразност на оспорения акт на основанията посочени в чл. 146 от АПК, съдът намира, че той е издаден от компетентен орган, спазени са административно-производствените правила на АПК и ЗУСЕСИФ, приложени са правилно и съответните материални норми.

При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия, включително и техническите спецификации на стоката/услугата, която се доставя като предмет на обществената поръчка. Законодателят в чл.49 от ЗОП е предвидил, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществена поръчка в условията на конкуренция. Техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лице или някои продукти. Според ал.2, по изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл.48, ал.1 от ЗОП, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“.

Видно е от описаното в спецификацията, (таблицата с параметрите на преносимите компютри 10 броя за ОП№1 и ОП№2), че като условие от Възложителя е поставено: „Оперативна система: инсталирана W. 10Pro 64bit от производителя на преносимия компютър“. По ОП №1 за интерактивната дъска – 1брой е посочено, че смарт системата следва да бъде А.. Нарушението на чл.49 от ЗОП е безспорно установено и то представлява нередност по смисъла на т.11 буква б) от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. При всички случаи, посочването на конкретна марка ограничава кръга на потенциалните участници, дори алтернативата на системата W. практически да е само една (L.). В този смисъл и в духа на цитираното от жалбоподателя Решение №14174/21.12.2016г. на ВАС по адм. д.

11022/2016г., ограничаването е необосновано, тъй като възложителят е конкретизирал марка, без оглед на техническите характеристики и специфика на продуктите, каквито биха могли да притежават и аналогични продукти на друга търговска марка или производител.

Единният европейски документ за обществени поръчки (еЕЕДОП) представлява лична декларация за финансовото състояние, способностите и годността на дружеството да участва в процедура за възлагане на обществена поръчка. Той е въведен като предварително доказателство, че кандидатът отговаря на всички необходими условия за участие в процедури за възлагане на обществени поръчки на територията на ЕС. Благодарение на ЕЕДОП оферентите не е нужно да представят пълен набор доказателства, нито използваните преди въвеждането му различни формуляри при процедури за възлагане на обществени поръчки в ЕС, което значително улеснява и участието в трансгранични процедури за възлагане на обществени поръчки. От октомври 2018г. ЕЕДОП се подава единствено по електронен път, като декларацията представлява унифициран стандартен образец, чиято структура и съдържание са определени с Регламент за изпълнение (ЕС) 2016/7 на Комисията от 05.01.2016г. за установяване на стандартния образец за единния европейски документ за обществени поръчки. С чл.67, ал.4 от ЗОП кандидатите са задължени да представят ЕЕДОП попълнен по образец в електронен вид.

Защитната теза на жалбоподателя е, че утвърденият от него като възложител еЕЕДОП не съдържа Част III „Основания за изключване“ и липсва раздел Г: Други основания за изключване, като документът е бил създаден по Методическо указание № МУ -4/02.03.2018г. на АОП. Класираният на първо място участник е попълнил и приложил към офертата си именно този, утвърден от възложителя образец, поради което комисията по чл.103 от ЗОП не го е отстранила, а напротив правилно е приела, че представения от участника еЕЕДОП отговаря на условията на процедурата.

С горното, бенефициентът единствено признава, че изготвеният от него проект, публикуван на профила на купувача на Възложителя на 12.11.2019г. /датата, когато са обявени решението и обявлението за откриване на процедурата/ не отговаря на утвърдения с Регламента на ЕК образец и е в нарушение на чл.59, пар. 2 от Директива 2014/24/ЕС и чл.80, пар. 3 от Директива 2014/25/ЕС, според които за законосъобразността на дадена процедура по ЗОП е необходимо в документацията по нея да бъде включен утвърденият образец на еЕЕДОП. Посоченото обстоятелство не изключва обаче факта, че в нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП, единственият участник в процедурата е определен за изпълнител, без да е попълнил цялата необходима информация, залегнала в образца на еЕЕДОП, който съдържа критериите за подбор, определени към участниците с Регламент за изпълнение (ЕС) 2016/7 – липсва в документацията му за участие декларация, че за него не се прилагат национални основания за изключване. В този смисъл, спечелилият участник не е доказал, че отговаря на критериите за подбор, а е бил допуснат и избран за изпълнител на ОП. Дори и фактически спрямо него да не се прилагат национални основания за изключване, възложителят го е допуснал, класирал и определил за участник без да

разполага с доказателства, че той отговаря на всички критерии по националното законодателство, с което е извършил нарушение на чл.107, т.1 от ЗОП. Нарушението е формално и е налице, независимо, че чл.112 от ЗОП в ал.1, т.2 постановява, че „Възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие, че при подписване на договора определеният изпълнител представи документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор, включително за третите лица и подизпълнителите, ако има такива.“

Съдът на споделя становището на жалбоподателя, че липсата на „други основания за изключване по националното право“ не представлява критерий за подбор на изпълнител, поради което не е налице и твърдяното нарушение по смисъла на т.14 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. Основание за задължително отстраняване по смисъла на чл.54, ал.1, т.5, б.б) от ЗОП е непредоставянето на изискваща се информация, свързана с удостоверяване липсата на основания за отстраняване или изпълнението на критериите за подбор. В случая безспорно се установи по делото, че кандидатът не е предоставил тази изискваща се информация като попълнено съдържание на част III, раздел Г от еЕЕДОП към момента на подаване на офертата и по време на участие в процедурата, независимо, че е бил подведен от самия възложител, чрез публикуван непълен образец на декларацията. Цитираният в жалбата чл.55 от ЗОП „Основания за незадължително отстраняване“ в случая е неотнотосим. Извършеното нарушение не се санира и с представянето на подписани от [фирма] декларации едва в съдебното заседание по делото, както следва: Декларация за обстоятелствата по чл.69 от ЗПКОНПИ, Декларация за липса на свързаност с друг участник по чл.101, ал.11 от ЗОП и Декларация по чл.3 и чл.5 от ЗИФОДРЮПДРСТЛТДС. Същите не са с достоверна дата (05.02.2020г.) и поради липса на други подкрепящи изявления на жалбоподателя данни или косвени доказателства, не може да се приеме за доказан фактът на представянето им към датата на сключване на договора за обществена поръчка, както твърди защитата на жалбоподателя.

Ефектът от описаното по-горе нарушение е свързан с ограничаване на възможността по-широк кръг заинтересовани лица да могат предварително да преценят потенциалната си възможност за успешно представяне в процедурата и да се подготвят за участие в нея. Ако бенефициентът бе спазил изискването на закона и бе провел процедурата без да допуска нарушението, би могло в нея да участват по-широк кръг кандидати, които отговарят на условията, за които е предвидено да се декларират в част III: Основания за изключване, раздел Г на еЕЕДОП. По този начин обективно се ограничават възможността на икономическите оператори за участие в поръчката, което от своя страна винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Сключването на договор с участник, който не отговаря на критериите за подбор винаги лишава възложителя от възможността да избере финансово най-изгодната за него оферта, доколкото се стеснява и то

необосновано възможността му за избор измежду по-голям брой оферти.

Националното законодателство и законодателството на Европейския съюз, в частност - Регламент № 1303/2013 година не поставят като изискване наличието на реална вреда - т.е. финансова загуба. Видно от дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 и в чл. 2, пар. 7 от Регламент № 1083/2006, нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. Употребеното в разпоредбата „има или би имало за последица нанасянето на вреда“ сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В конкретния случай нередността е свързана с неправилно приложени критерии за подбор в хода на процедурата, при което е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на законовите критерии за подбор – нарушение на чл.107, т.1 ЗОП, правилно квалифицирано като нередност по т.14 от Приложение №1 към Наредбата за посочване на нередности, първата хипотеза от допълнителните пояснения. Тъй като декларирането на обстоятелствата по част III, раздел Г от еЕЕДОП е законово изискване - липсата на други национални основания за изключване представлява нормативно определен критерий за допустимост до участие, но в резултат на неправилното му прилагане от възложителя е определен за изпълнител кандидат, за който към датата на издаване на оспорения административен акт не може да се приеме за доказано, че е отговарял на този критерий, то налице е разходване на средства от съответния фонд при неспазване на изискванията за публичност и прозрачност, гарантиращи конкуренцията, което нарушение безспорно има негативен ефект върху бюджета на ЕС.

При горните мотиви, жалбата като неоснователна следва да се отхвърли.

Тъй като ответникът е поискал присъждане на юрисконсултско възнаграждение, предвид изхода на делото и неголемия спорен материален интерес, такова следва да му се присъди в размер на 150/ сто и петдесет/ лева на основание чл.25, ал.1 от Наредбата за заплащане на правната помощ, във вр. с чл.78, ал.8 от ГПК.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III АО, 11-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА „СВ. А. И Е. М.“ - БАН срещу Решение №0901-17/27.08.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25% върху стойността на предоставената БФП по сключени 4 бр. договори за обществени поръчки.

ОСЪЖДА ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА „СВ. А. И Е. М.“ - БАН да заплати на Изпълнителна агенция „ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА „НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ ЗА ИНТЕЛИГЕНТЕН РАСТЕЖ“ 2014-2020г. юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 /сто и петдесет/лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния

административен съд на Република България.

СЪДИЯ: