

РЕШЕНИЕ

№ 6798

гр. София, 14.11.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 02.06.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **951** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (загл. изм.– ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г., ЗУСЕФСУ), вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на Агенция „Митници“, със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представявано от директора П. Т., срещу Решение № ФК-2022-305 от 17.01.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ и Директор на Дирекция „Добро управление“ в Министерски съвет, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 32-359913 от 12.12.2019 г. с изпълнител „Информационно обслужване“ АД.

В жалбата се излагат доводи, че УО е достигнал до неправилен извод за нарушение по чл. 2, ал. 2 вр. чл. 49 ал.1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). По подробни съображения се изтъква, че не е изпълнен фактическия състав на нередност по смисъла на закона, защото поставените изисквания към кандидатите не изпълняват нито кумулативно, нито алтернативно изискванията на чл. 2 ал.2 от ЗОП, а необходимостта от представянето на сертификат произтича от действащата нормативна уредба. Счита, че като възложител на обществената поръчка законосъобразно е изискал сертификати, издадени на името на участника за система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или

еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен към датата на подаване на офертите от страна на кандидатите, което следва от нормите на чл. 50 ал.1 и чл. 52 ал.1 от ЗОП. Посочените изисквания са заложиени като условия за изпълнение на поръчката, а не представляват критерии за подбор, а декларирането на конкретни обстоятелства само по себе си не е достатъчно за да се извърши реална проверка за съответствие на предложенията на участниците с предварително обявените условия. Разпоредбата на чл. 39 ал.3 т.1 б.„ж“ от ППЗОП не поставя ограничения относно вида и броя на информацията/документите, които възложителят има право да поиска от участниците, когато се налага с оглед предмета на поръчката, а съобразно разпоредбата на чл. 112 ал.1 от ЗОП посочените документи не могат да се поискат от кандидата преди сключване на договора. Твърди се, че в оспореният акт липсват изводи, а мотивите са неясни, противоречиви и несъответни на направените констатации. Изтъква се, че подобно изискване е заложиено и в други обществени поръчки в изпълнение на проект „Надграждане на основните системи на АМ за предоставяне на данни и услуги – БИМИС/фаза2/, но това изискване не е квалифицирано като незаконосъобразно действие и нарушение на правото на ЕС. Твърди се, че няма връзка между поставените условия и избора на изпълнител, където критерий е по-ниска стойност на офертата.

В съдебно заседание, чрез юр. И. поддържа жалбата. Моли решението на УО да бъде отменено, алтернативно се иска намаляване на размера на финансовата корекция. Претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Ответникът – Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ и Директор на Дирекция „Добро управление“ в Министерски съвет, чрез експерт с юридическо образование К., оспорва жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на разноски.

Административен съд София град, III-то отделение, 62 –ри състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Извършен е одит от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ИА ОСЕС) относно открита процедура по ЗОП за услуга с предмет с предмет „Развитие и въвеждане ИА на АМ по отношение на модул АР, модул О., модул АНП, модул Д. и модул „РЕЗМА, авт. събиране на задълженията и интерфейси към RegiX“, уникален номер 00334-2019-0030 и сключен договор № 32-359913 от 12.12.2019 г. с изпълнител „Информационно обслужване“ АД в изпълнение на проект № BG05SFOP001-1.007-0001 „Надграждане на основните системи на Агенция „Митници“ за предоставяне на данни и услуги - БИМИС (фаза 2)“, при което са констатирани нарушения.

При възлагане на обществената поръчка, съгласно т. 7. „Начина за изготвяне и/или представяне на офертите“ от документацията за обществена поръчка и т. 5.б. от техническата спецификация, участникът следва да има внедрени система за управление сигурността на информацията съгласно ISO/IEC 27001:200X или

еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалент. За целта всеки участник следва да представи:

- декларация относно способността си участникът да приложи по време на изпълнение на поръчката системата за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и системата за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен, придружена от
- заверени копия на валидни към датата на подаване на офертата сертификати, издадени на името на участника за система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен.

Съгласно разяснение от 24.09.2019 г., когато участникът е обединение, е необходимо да представи за всеки член в обединението заверени копия на валидни към датата на подаване на офертата сертификати, издадени за внедрени за система за управление сигурността на информацията съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен.

Предметът на поръчката включва три дейности: развитие и въвеждане на институционална архитектура по определени модули, както и обучение за работа с реализираните функционалности. Прието е, че поставените изисквания необосновано ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и създават пречки пред стопанските субекти за участието им в процедурата по възлагане на обществената поръчка.

Изведен е извод, че при участници-обединения някои от съдружниците в тях биха могли да извършват дейности, които не са свързани с управление сигурността на информацията и/или управление на ИТ услугите. Един от съдружниците в обединението би могъл да отговаря за сигурността на информацията, а на друг да е разпределено извършването на обученията. Поставените изисквания ограничават свободното договаряне между съдружниците в дадено обединение за осъществяване на дейности по изпълнение на поръчката, които не са свързани с дейности по управление сигурността на информацията и управление на ИТ услугите, т.е за някои от съдружниците не е необходимо да притежават сертификат с оглед ролята им при реализиране на предмета на поръчката. От друга страна цитираното изискване е определено от възложителя като условие за изпълнение на поръчката, а не като критерий за подбор, поради което изискването за представяне на сертификати, валидни към датата на подаване на офертата от всички участници в процедурата представлява нарушение, тъй като самото представяне на сертификати не гарантира, че системите ще бъдат приложени при изпълнението на поръчката /затова е изисквана декларация/, а участниците нямат икономически интерес да извършат разходи, за да отговорят на изискванията, без да имат сигурност, че ще изпълняват поръчката. Като резултат изискването има разубеждаващ ефект, изразен в получаването на една оферта, т.е липсва минимално ниво на конкуренция. Нарушението е квалифицирано

като нередност по т. 11.1 от Насоките за определяне на ФК, които се правят върху разходите, финансирани от ЕС, при несъответствие с правилата за възлагане на обществени поръчки, съответно по т. 11б.“а“ от Приложение №1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на ФК и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ, за която е предвиден размер -10% от разходите по засегнатия договор с изпълнител „ИО“ АД.

Бенефициентът е уведомен с писмо № 02.50-131/29.12.2021г. за одитните констатации.

Писменото възражение на бенефициента по реда на чл. 73, ал. 2, пр. второ от ЗУСЕСИФ (сег. ЗУСЕФСУ), на основание чл. 35, ал. 1 от Наредбата е представено чрез информационната система, регистрирано под № BG05SFOP001-1.007-0001-C03-M057 в раздел „Кореспонденция“ на 12.01.2022г.

След обсъждане на възраженията, УО е установил нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 49, ал. 1 от ЗОП, представляващо нередност по т. 11.1 от Насоките за определяне на финансови корекции, които се правят върху разходите, финансирани от Европейския съюз, при несъответствие с правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на Европейската комисия от 14.05.2019 г., съответно по т. 11, б. „а“ 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, за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 % от разходите по засегнатия договор № 32-359913 от 12.12.2019 г. с изпълнител „Информационно обслужване“ АД на стойност 2 695 000,00 лева без ДДС.

На 17.01.2022 г. е издадено Решение № ФК-2022-305 от 17.01.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ и Директор на Дирекция „Добро управление“ в Министерски съвет, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 32-359913 от 12.12.2019 г. с изпълнител „Информационно обслужване“ АД.

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

По допустимостта на жалбата:

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския 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. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконовни нормативни актове.

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който на основание чл. 27 ал.1 във връзка с чл. 38 т. 3 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) подлежи на обжалване пред съд. С оспорения акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 20.01.2022 г., а жалбата е депозирана на 31.01.2022 г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. В конкретния случай по делото е приета като писмено доказателство Заповед № Р-73/14.05.2022 г. (л. 113 по делото) на Министър– председателя на Република България, с която на основание чл. 40, ал. 6 от Закона за администрацията, чл. 77а, ал. 1, т. 1- т. 3, ал. 2 и ал. 6 от Устройствения правилник на Министерския съвет и на неговата администрация, приет с Постановление № 229 на Министерския съвет от 2009 г. и чл. 9, ал. 5 ЗУСЕСИФ и параграф 4 от Преходните и заключителни разпоредби на Постановление №162 на Министерския съвет от 2016г., чл. 12, ал. 2 от Постановление №79 на Министерския съвет от 2014 г., §1, т.14 от ДР на ПМС №121/2007 г., чл. 30, ал. 3 и чл. 32, т. 3 от ГПК, и чл. 17, ал. 3 от АПК, и чл. 9 от ЗДП, е оправомощил И. Д. П.– Директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление 2014-2020г.“, в това число: т. 1 да издава индивидуалните, общите и вътрешнослужебните актове, свързани с управлението и изпълнението на ОПДУ, ОПАК и ОПТП от компетентност на ръководителя на съответния УО. Оспореният акт е издаден именно от И. П., директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет в качеството ѝ на Ръководител на УО на ОПДУ въз основа на надлежно оправомощаване с цитираната

заповед.

Съгласно разпоредбата на ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението), финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 3, ал. 1 от сег. ЗУСЕФСУ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания, с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението), преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставен двуседмичен срок за възражения. Бенефициентът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

По отношение на приложението на материалния закон:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 10 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание друга (извън случаите по т. 1-9) нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет (ал. 2).

Съгласно чл. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в нея са идентифицирани случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция, както и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции. Съгласно чл. 2 от Наредбата за нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

В мотивите на Решение № ФК-2022-305 от 17.01.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ и Директор на Дирекция „Добро управление“ в Министерски съвет УО се съдържат изводи за допуснатото от жалбоподателя нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във вр. чл. 49, ал. 1 то ЗОП.

Според изложените мотиви в оспорения акт, в т. 7. „Начина за изготвяне и/или представяне на офертите“ от документацията за обществена поръчка и т. 5.б. от техническата спецификация участникът следва да има внедрена система за управление сигурността на информацията съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000 -1:2011 или еквивалент. За целта всеки участник следва да представи:

- декларация относно способността си участникът да приложи по време на изпълнение на поръчката системата за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и системата за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен, придружена от

- заверени копия на валидни към датата на подаване на офертата сертификати, издадени", на името на участника за система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен. Ако участникът в процедурата е обединение документите следва да се представят от всички участници в обединението.

УО счита, че възложителят необосновано е ограничил възможностите за участие на лица в процедурата, като е нарушил правото на свободно договаряне между съдружниците в конкретно обединение за осъществяване на дейности по изпълнение на поръчката, които не са свързани с упражняване на дейности по управление сигурността на информацията и управление на ИТ услугите, като някои от съдружниците биха могли да не притежават сертификат с обхват предоставяне на такъв тип услуги и това да не е необходимо за изпълнение на ролята им при реализиране предмета на поръчката. Представянето на сертификати не е изискано от избрания изпълнител, към момента на сключване на договора за обществена поръчка, а от всички участници в процедурата, към момента на подаване на офертите, което необосновано. В решението са обсъдени възраженията на жалбоподателя, в резултат на което е посочено, че цитираното изискване е определено от възложителя като условие за изпълнение на поръчката, а не като критерий за подбор, поради което не е налице спор за неговия характер, но твърдяното от жалбоподателя смесване на два различни вида изисквания е допуснато от самия него и представлява елемент от нередността. Изтъкнато е, че само избраният изпълнител следва да прилага системата за управление сигурността на информацията и системата за управление на ИТ услугите, т.е след приключване на процедурата, което е гарантирано с нарочен документ- декларация. Въпреки това е изискано от всички участници към момента на подаване на офертата да притежават валидни сертификати, което представлява смесване на два вида изисквания от самия възложител. Изтъква се, че самият възложител във възраженията си сочи, че представянето на двата документи гарантира своевременното започване на изпълнението на поръчката, а процедурата по първоначалната сертификация отнема между 1 до 3 месеца, което още веднъж подчертава ограничителния характер на изискванията, с оглед по-краткия срок за подаване на оферти и нуждата тези документи да се представят не към момента на сключване на договора с избрания изпълнител, а към момента на подаване на офертата. Посочено е и че при участници-обединения, изискването всеки член на

обединението да представи валидни сертификати е незаконосъобразно, доколкото част от предмета на поръчката е дейност, свързана с обучение на администратори и потребители на системи. С оглед разпоредбите на Регламент /ЕС/№1303/2013г. е прието, че са налице всички елементи от фактическия състав на нередността, а размерът на финансовата корекция е определен съгласно пропорционалния метод, тъй като не е възможно да се установи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната БФП по договора. Посочена е приложимата нормативна уредба.

Тези доводи от страна на УО са правилни и напълно се споделят от настоящия съдебен състав.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Не се споделят доводите на жалбоподателя, че в случая изискванията, заложи в т. 5.6 от Техническата спецификация и т.7 „Начин на изготвяне и/или представяне на офертите“ не изпълняват нито алтернативно, нито кумулативно изискванията, предвидени в чл. 2 ал.2 от ЗОП. Изискването за представяне на заверени копия на валидни към датата на подаване на офертата сертификати, издадени на името на участника, включително и от членовете на обединение и като се има предвид фактът, че предметът на поръчката включва дейности по развитие и въвеждане на институционална архитектура по определени модули, както и обучение за работа по реализираните функционалности по същество представлява ограничаване на участието на стопански субекти, а поставеното изискване не е съобразено изцяло с предмета на поръчката. Ясно е мотивирано в оспореното решение и тези доводи се споделят от съда, че не всички от съдружниците в конкретно обединение е необходимо да притежават тези сертификати, тъй като е напълно възможно да участват само в една от дейностите, която не е свързана с управление сигурността на информацията и управление на ИТ услугите. Безспорно е, че за участници, които не притежават исканите документи към момента на подаване на офертата, подобно условие е възпиращ участието им фактор. От друга страна липсата на сигурност, че именно те ще бъдат избрани за изпълнител, когато това изискване е абсолютно необходимо условие за изпълнение на поръчката, съчетано с продължителността на процедурата по сертификация представлява за тях допълнително основание за отказ от участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка. В тази връзка е и чл. 49, ал. 1 от ЗОП, според който техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите и участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

Както е видно от записаните в т. 5.6. „Изисквания по сигурността“ от Техническата спецификация изисквания „За изпълнение предмета на възлаганата обществена поръчка Участникът трябва да има внедрена система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за

управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000 -1:2011 или еквивалентен. ...Способността си Участникът да приложи по време на изпълнение на поръчката системата за управление сигурността на информацията, съгласно ISO-IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000 -1:2011 или еквивалентен, трябва да докаже с прилагането към Техническото предложение за изпълнение на поръчката на заверени копия на валидни към датата на подаване на офертата сертификати, издадени на името на Участника за система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен" в документацията за обществена поръчка (Раздел IV. „Указание за подготовка на документите“, т. 7.1. „Съдържание на опаковката“, буква „А) Документи, свързани с участието в процедурата“, подточка 5.3.1 е предвидено представянето на следните документи: „Друга информация и или документи, изискани от възложителя, когато това се налага от предмета на поръчката - декларация относно способността си участникът да приложи по време на изпълнение на поръчката системата за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и системата за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен, придружена от заверени копия на валидни към датата на подаване на офертата сертификати, издадени на името на участника за система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалентен и система за управление на ИТ услугите съгласно ISO/IEC 20000-1:2011 или еквивалентен. Участникът трябва да декларира, че ще осигури валидност на внедрената система за управление сигурността на информацията, съгласно ISO/IEC 27001:200X или еквивалент за срока на действие на договора и валидност на внедрената система за управление на ИТ услугите, съгласно ISO IEC 20000-1:2011 или еквивалент за срока на действие на договора."

Както бе посочено по-горе, така заложените изисквания са определени като изисквания за изпълнение на поръчката, а не като критерии за подбор. Към изпълнението на поръчката следва да се пристъпи след извършването на подбора на кандидатите.

Спорът се свежда до това, дали е законосъобразно изисквания, касаещи изпълнение на поръчката, да бъдат заложи към всички участници и то към момента на подаване на офертите, т.е по същество да представляват критерии за подбор.

Несъмнено така заложеното изискване, което следва да бъде изпълнено от всички кандидати към момента на подаване на офертата, без оглед на последващия избор на конкретен участник за изпълнител, се явява критерий за подбор на участниците в процедурата. Критериите за подбор установяват цялостната годност на участниците при възможността за извършване на поръчката. Качественото изпълнение на поръчката от друга страна се изисква по отношение на избрания изпълнител и заложените критерии в техническата спецификация. Нарочният сертификат е следвало да се изиска от избрания изпълнител, към момента на сключване на договора.

Неоснователни са изложените доводи в жалбата, че така заложените изисквания не

представляват критерии за подбор, тъй като не попадат в нито една от хипотезите на чл. 60, чл. 62 и чл. 64 от ЗОП. Безспорно заложеното изискване за сертификати не може да се причисли към някоя от изброените норми, но неговото непредставяне, води до отстраняването на конкретния участник в процедурата, което по своята същност представлява критерии за подбор на участниците.

Безспорно, че към момента на подаване на документите изискването от всички участници да представят сертификат се явява ограничаващо изискване, свързано и с икономически трудности и преценка за нуждата от участие на даден кандидат, който може да не бъде избран. Съдът намира за основателни мотивите на административния орган, че при подаване на офертите участниците нямат сигурност дали ще спечелят поръчката, същите нямат икономически интерес да извършат разходи, за да отговорят на условията на възложителя за представяне на посочените сертификати към момента на подаване на офертата. На следващо място и дългата процедура по сертификация и получаването на такъв документ допълва ограничителния характер с изискването да бъде представен в началото, а не на по-късен етап при изпълнение на поръчката.

Неоснователно е изискването към всички участници в дадено обединение да представят изискания сертификат. Съобразно чл. 59, ал. 6 ЗОП съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, като в нормата са въведени и изключения от това правило - с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

Останалите възражения на жалбоподателя са неотнормирани към настоящия спор, тъй като не е спорно обстоятелството дали изискването към изпълнителя на обществената поръчка е законосъобразно или не, не е спорно, че е наложително с оглед предмета на поръчката да се извършат посочените дейности нито, че според разпоредбите на ППЗОП не са налице ограничения относно вида и броя на информацията/документите, които възложителят има право да поиска от участниците, когато се налага с оглед предмета на поръчката. Аргументите, че подобно изискване е заложено и в други обществени поръчки в изпълнение на проект „Надграждане на основните системи на АМ за предоставяне на данни и услуги –БИМИС/фаза2/, но това изискване не е квалифицирано като незаконосъобразно действие и нарушение на правото на ЕС не следва да се обсъждат в настоящето производство, доколкото предмет на оспорване по делото е конкретно решение на УО. Твърдението в жалбата, че няма връзка между поставените условия и избора на изпълнител, където критерий е по-ниска стойност на офертата още веднъж сочи, че поставените изисквания са по същество критерии за подбор, а не условие за изпълнение на поръчката.

Съгласно чл. 143, ал. 1 от Регламент № 1303/2013 и чл. 98 Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, ал. 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно

платените суми. Съгласно нормата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, за да е налице нередност е необходимо да е налице: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице, понеже жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове чрез административен договор по оперативна програма „Добро управление“, сключен на основание чл. 45, ал. 1 и ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) и е получил безвъзмездно финансиране. Като страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, оспорващият е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране.

За да е налице нередност е необходимо да е налице и третият елемент на фактическия състав на нередността – нарушението да има или да би могло да би има като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съдът на Европейския съюз е установил в практиката си като преценка има ли или би ли могло съответното нарушение на правилата за обществените поръчки да нанесе вреда на бюджета на Съюза следното: "че неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд" – решение от 14 юли 2016, Wroclaw, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45 (член 2, точка 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 е идентична с член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013 и позоваването на отменения регламент, с оглед на член 152, параграф 2 от Регламент № 1303/2013 се счита за позовавания на новия).

В случая не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху начина на разходване на средствата на Съюза, тъй като не е ясно какви други потенциални участници биха участвали в обществената поръчка и какви оферти биха подали.

По делото се установява, че са налице всички елементи на нередността, поради което доводите на жалбоподателя в обратната посока са неоснователни.

За да бъде законосъобразно наложена финансовата корекция, не е достатъчно само да се установи допуснатото от възложителя нарушение при провеждането на процедурата по възлагане на обществена поръчка. Съобразно вида на допуснатото нарушение следва да бъде извършена съответната правна квалификация на нередността, съгласно разпоредбите на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В мотивите на оспореното решение е посочено, че извършеното нарушение представлява нередност по т. 11 „Използване на: - основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за

възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или - технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.“, буква „а“ „нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка“. В посочената разпоредба е предвидена финансова корекция в размер на 10%, каквато е наложил и УО, поради което ФК е наложена в законоустановения размер. Безспорно е, че в случая финансовата корекция следва да бъде определена по реда на чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ, тъй като естеството на нарушенията е такова, че не позволява количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ органът е квалифицирал установената нередност към видовете нарушения по Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Правилно е обосновано и приложението на пропорционален метод за определяне на размера на корекцията. Следва да се посочи, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., поставят като изискване наличието единствено на реална вреда. 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.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че решението не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал.4 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100/сто/ лв., определен на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, Трето отделение 62-ри състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Митници“, със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представявано от директора П. Т., срещу Решение № ФК-2022-305 от 17.01.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ и Директор на Дирекция „Добро управление“ в Министерски съвет.

ОСЪЖДА Агенция „Митници“, със седалище и адрес на управление: [населено

място], [улица], представлявано от директора П. Т., да заплати разноски по делото на Министерски съвет в размер на 100 (сто) лева.

Решението подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: