

РЕШЕНИЕ

№ 2944

гр. София, 02.05.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 81 състав,
в публично заседание на 29.02.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Стоян Тонев

при участието на секретаря Веселина Григорова, като разгледа дело номер **6443** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4, вр. чл. 27 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на Агенция по заетостта срещу решение № BG05M9OP001-1.004-0001/206 от 19.06.2023г. за определяне на финансова корекция, издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014- 2020.

В жалбата се твърди, че оспореният административен акт е незаконосъобразен, поради противоречие с материалноправни разпоредби, тъй като не е извършено нарушение по ЗОП и ППЗОП.Иска се отмяна на оспорения акт.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно и своевременно призован, се представлява от юрк. Х. , която поддържа жалбата по изложените в същата съображения. Иска се отмяна на оспорения акт. Претендират се разноси.Представя писмени бележки.По Договор № 35 от 30.05.2019г. на стойност 194 837, 52 лева с ДДС с изпълнител „МБ инженеринг 2001“ЕООД, според жалбоподателя, не било посочено конкретното нарушение на Закона за обществените поръчки.Изискването за заверка на протоколите за оглед важало за всички участници, не било дискриминационно и било изрично заложено в критериите за допустимост на кандидатите. По Договор № 8 от 20.01.2020 г. с изпълнител „Сиском инженеринг“АД на стойност 839 914,92 лв. с ДДС, поставеното изискване за ключов експерт /с валиден сертификат/ не ограничавало никого да участва в процедурата.Изискването

за валиден сертификат на лице от екипа за работа с предлаганата от участника система, било гаранция за необходимата компетентност за целия период от време на изпълнение. Чл. 2, ал. 2 от ЗОП визирала необосновано предимство или ограничаване. В случая обаче била налице обоснованост и логика в действията на възложителя.

Ответникът – чрез процесуален представител, моли жалбата да бъде отхвърлена като неоснователна. Заявява претенция за присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

СГП, редовно и своевременно призована, не изпраща представител и не взема становище по същество на спора.

Съдът, след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят – Агенция по заетостта, [населено място] е бенефициер по смисъла на чл. 2, т. 10 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 /„бенефициент“ с оглед на приетото от националния законодател наименование на бенефициера/ по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /БФП/ с рег. № BG05M9OP001-1.004-0001-C01 с наименование „Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите“ и допълнителни споразумения към същия.

С решение на възложителя е открита процедура - договаряне без предварително обявление, относно „Извършване на текущ ремонт на сградите и помещенията, в които се помещават териториалните структури на Дирекция „Регионална служба по заетостта“ [населено място] по проект BG05M9OP001-1.004-0001“ Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите“. С решението на възложителя е одобрена поканата за участие и документацията по поръчката. Съгласно Техническа спецификация, част от документацията - „задължително е извършване на предварителен оглед на всички обекти в обособената позиция и подписване на протокол за оглед /Приложение 2.1 към Техническото приложение/. От страна на възложителя протоколът се подписва от директора на съответното ДРСЗ или ДБТ“.

Съгласно Указания за участие - „Съдържание на офертите“, т. 5 – от участника следва да се представи Техническо предложение, попълнено по образец/Приложение № 2 към документацията/- оригинал, заедно с попълнени и подписани протоколи за оглед на обектите, включени в предмета на обществената поръчка. Съгласно Указания за участие – т. 7.1 – „Ценово предложение“, стр. 10 – „Всички документи, които не са представени в оригинал и за които не се изисква нотариална заверка, трябва да са: заверени /когато са копия/ с гриф „Вярно с оригинала“, подпис и мокър печат /ако има такъв/...“

Постъпили са две оферти от участници „МБ инженеринг 2001“ ЕООД с [ЕИК] [населено място] и ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ [населено място]. На етап разглеждане на техническите предложения, Комисията / назначена със Заповед № РД-11-00-47 от 10.01.2019г. на изпълнителния директор на Агенция по заетостта/ е посочила, че след разглеждане на документите за съответствие с изискванията за лично състояние и критериите за подбор се констатира, че участникът - ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ е представил всички необходими документи, съгласно чл. 39 ал. 2 от ППЗОП и отговаря на критериите за подбор, посочени от възложителя в поканата за участие и решението за откриване на процедурата. Комисията е констатирала също така, че участникът - ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ е представил в офертата си

Техническо предложение, като е посочил, че същото е в оригинал, заедно с приложени протоколи за оглед на обекти- териториални структури на ДРСЗ [населено място], включени в предмета на обществената поръчка, за които е посочил, че са заверени копия- 6 бр. При преглед на протоколите за оглед на обекти, приложени към техническото предложение на ЕТ „Ремо – Николай Тошев“, Комисията обаче е установила, че 5 бр. копия притежават заверка- гриф „вярно с оригинала, мокър печат на участника и подпис на представляващия участника“. Единствено копие на протокол за оглед на обект ДБТ [населено място] с дата 03.01.2019г. е било без заверка от Николай Тошев. Протоколът за оглед на ДБТ Козлодуй е бил подписан за възложител от Н. В. и за участник в процедурата – от Николай Тошев. Изискванията на възложителя, заложили в документацията за участие сочели, че „всички документи, които не са представени в оригинал и за които не се изисква нотариална заверка, трябва да са: заверени /когато са копия/ с гриф „вярно с оригинала“, подпис и мокър печат /ако има такъв/“.

Поради констатирано обстоятелство, че липсва заверка/ с гриф „вярно с оригинала“, подпис и мокър печат-ако има такъв/ участникът ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ е отстранен от Възложителя от участие в процедурата на основание чл. 107, т.1 от ЗОП, тъй като е представил оферта, която не отговаряла на предварително обявените от възложителя условия за заверка.

С Решение № РД- 08-677/22.03.2019г. на Възложителя за изпълнител на обществената поръчка е обявен „МБ инженеринг 2001“ ЕООД с[ЕИК] [населено място] и с него е сключен Договор № 35 от 30.05.2019г. на стойност 194 837, 52 лева с ДДС.

Не е спорно по делото, че участникът в процедурата ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ е предложил цена за изпълнение 157 672,62 лева без ДДС, 189 207,14 лева с ДДС, която е по – ниска от тази на „МБ инженеринг 2001“ ЕООД. Съгласно ценовото предложение на участника на МБ инженеринг 2001“ ЕООД цената е 162 364, 60 лв. без ДДС, 194 837,52 лв. с ДДС.

РУО на ОПРЧ е посочил, че текстът, цитиран от Комисията, а именно, че – „Всички документи, които не са представени в оригинал и за които не се изисква нотариална заверка, трябва да са: заверени /когато са копия/ с гриф „Вярно с оригинала“, подпис и мокър печат /ако има такъв/“, се съдържа в Указанията за участие в т. 7.1 –“Ценово предложение“ и не било указано, че при неизпълнение на такова изискване /относно протоколите за оглед/ участникът ще бъде отстранен. РУО е приел, че чрез участието на представител на възложителя и полагането на подпис от Н.В., възложителят е бил уведомен за изпълнението и спазването на изискването за извършване на предварителен оглед на обекта /ДБТ Козлодуй/. Позоваването на това, че е представено копие от същия документ, което е без заверка с гриф „Вярно с оригинала“, подпис на представляващия и печат на участника представлява формално основание за неговото отстраняване. Участникът ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ е предложен за отстраняване от страна на назначената Комисия и е отстранен от възложителя от участие в процедурата, без да са били налице предпоставките на чл.107, т.1 от ЗОП.

Прието е нарушение по чл.107, т.1 от ЗОП, вр. чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП, което е квалифицирано като нередност по т.14- тире второ 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 – Наредбата. Прието е, че следва да намери приложение чл.4

от Наредбата и финансовата корекция да се определи по диференциалния метод, тъй като държавният финансов одитор е установил ценовата оферта на отстранения участник. Размерът на финансовата корекция е равен на реално установените финансови последици- разликата между стойността на офертата на отстранения участник и тази на спечелилия. Офертата на ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ е 189 207,14 лева с ДДС, като е по-ниска от тази на „МБ инженеринг 2001“ ЕООД в размер на 194 837, 52 лева с ДДС. Наложена финансовата корекция е в размер на 5630,38 лева.

По открита процедура за услуга с предмет „Надграждане, внедряване и поддържане на система за видеонаблюдение в Агенция по заетостта по проект BG05M9OP001-1.004-0001-C03 “Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите“, финансиран от Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“, е сключен от Агенция по заетостта, [населено място], Договор № 8 от 20.01.2020 г. с изпълнител „Сиском инженеринг“ АД на стойност 699 929,10 лева без ДДС:

В документацията за поръчката / приложенията по делото/ – Раздел IV. Изисквания към участниците. Критерии за подбор, Технически и професионални способности, Минимални изисквания – т. 2, е поставено изискване от възложителя, че участникът следва да разполага с експертен персонал с професионална компетентност, необходима за изпълнението на поръчката. Екипът, който ще осъществява дейностите по изпълнение на поръчката следва да включва минимум следните експерти:

Ключов експерт № 1 - Ръководител на екип:

-Квалификация: образователно-квалификационна степен „бакалавър“ в областта „Технически науки“ или „Природни науки, математика и информатика“ или „Социални, стопански и правни науки“ съгласно Класификатор на областите на висше образование и професионалните направления, утвърден с ПМС № 125 от 2002 г., или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в еквивалентни на посочените области;

-Професионален опит: Експертът следва да има най-малко 5 години професионален опит по специалността след придобиване на образованието и да е бил ръководител на поне един успешно приключил проект, включващ дейностите от предмета на поръчката.

Ключов експерт № 2 – Експерт „Електронна техника“:

-Квалификация: образователно-квалификационна степен „бакалавър“ в областта „Технически науки“ съгласно Класификатор на областите на висше образование и професионалните направления, утвърден с ПМС № 125 от 2002 г., с професионално направление „Електротехника, електроника и автоматика“ или „Информатика и компютърни науки“, или „Комуникационна и компютърна техника“, или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в еквивалентни на посочените области/професионални направления.

- Професионален опит: Експертът следва да има най-малко 3 /три/ години професионален опит по специалността, след придобиването на образованието и да притежава опит в изпълнението на поне един успешно приключил проект за изграждане и внедряване на система за видеонаблюдение.

Експертът следва да притежава валиден сертификат за инсталация, поддръжка и работа с инсталирания софтуер за системата за видеонаблюдение.

Ключов експерт № 3 – Експерт „Софтуер и интеграция на системата“:

-Квалификация: образователно-квалификационна степен „бакалавър“ в областта „Технически науки“ съгласно Класификатор на областите на висше образование и професионалните направления, утвърден с ПМС № 125 от 2002 г., с професионално направление „Електротехника, електроника и автоматика“ или „Информатика и компютърни науки“, или „Комуникационна и компютърна техника“, или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в еквивалентни на посочените области/професионални направления.

-Професионален опит: Експертът следва да има най-малко 3 /три/ години професионален опит по специалността, след придобиването на образованието и да притежава опит при внедряване на софтуер при изпълнението на поне един успешно приключил проект за изграждане и внедряване на система за видеонаблюдение.

Посочено е, че едно физическо лице не може да изпълнява функциите на повече от един експерт.

По процедурата е подадена само една оферта за участие от „Сиском инженеринг“ АД, гр.София, [улица].

Назначената/ от изпълнителния директор на Агенция по заетостта/ Комисия е предложила на възложителя на основание чл. 109, т.2 от ЗОП да определи за изпълнител на обществената поръчка с предмет: „Надграждане, внедряване и поддържане на система за видеонаблюдение в Агенция по заетостта по проект BG05M9OP001-1.004-0001-C03 “Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите“ , финансиран от Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“, съфинансирана от ЕС, чрез Европейския социален фонд, участникът, чиято оферта е получила най- висока оценка при прилагане на предварително обявените от възложителя условия и избрания критерий за възлагане - „Сиском инженеринг“ АД с комплексна оценка 100т.

С решение № РД-08-3774/20.12.2019г. на изпълнителния директор на Агенция по заетостта за изпълнител на обществената поръчка е определен участника, класиран на първо място- „Сиском инженеринг“ АД. Със същия е сключен Договор № 8 от 20.01.2020 г. на стойност 699 929,10 лева без ДДС, 839 914, 92 лв. с ДДС.

РУО на ОПРЧР е посочил, че от възложителя е поставено изискване по отношение на Ключов експерт № 2 – Експерт „Електронна техника“ да притежава валиден сертификат за инсталация, поддръжка и работа с инсталирания софтуер за системата за видеонаблюдение без да са добавени думите „или еквивалентно“, като не ставало и ясно защо изискването е предвидено за ключов експерт № 2, а не например за Ключов експерт № 3 – Експерт „Софтуер и интеграция на системата“.

Според РУО с поставеното от възложителя изискване Ключов експерт № 2 да притежава валиден сертификат за инсталация, поддръжка и работа с инсталирания софтуер за системата за видеонаблюдение необосновано е ограничено участието в обществената поръчка на стопански субекти, които имат на разположение експерт, който отговаря на всички изисквания на възложителя за образование, квалификация, професионален опит по специалността, включително и изпълнението на поне един успешно приключил проект за изграждане и внедряване на система за видеонаблюдение, но не притежава валиден сертификат за инсталация, поддръжка и работа с инсталирания софтуер за системата за видеонаблюдение.

Посочено е от РУО, че 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.

Прието е нарушение по чл.2, ал.2 от ЗОП, вр. чл.63,ал.1 т.5 ЗОП, което е квалифицирано като нередност по т.11 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции - Наредбата, за която е предвидена 10% финансова корекция от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

На основание чл. 72, ал.3 от ЗУСЕФСУ и т.11 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 10% от засегнатите и допустими разходи по Договор № 8 от 20.01.2020 г. с изпълнител „Сиском инженеринг“ АД на стойност 839 914,92 лв. с ДДС.

Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси” 2014 – 2020 г. е посочил, че със свое предходно Решение с рег. № BG05M9OP001-1.004-0001/138 от 01.06.2022 г. / приложено/ е определил финансова корекция на Агенцията по заетостта в размер 25 % от разходите на засегнатия договор № 8 от 20.01.2020 г. с изпълнител „СИСКОМ инженеринг“ АД на стойност 839 914,92 лв. с ДДС.

Посочил е, че Решение рег. № BG05M9OP001-1.004-0001/138 от 01.06.2022 г. за налагане на финансова корекция е обжалван пред АССГ, който е отхвърлил оспорването по жалбата на Агенция по заетостта. РУО на ОПРЧР се е позовал на чл. 27 ал.2 и чл.72, ал.4 от ЗУСЕФСУ. Посочил, е, че съгласно чл.7 от Наредбата, при констатиране два или повече случаи на нередност, посочени в приложение № 1, съответно приложение № 1а, се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. РУО на ОПРЧР е уточнил, че вече има извършена корекция върху същите допустими разходи с по- висок процент. В това отношение е обсъдил спазването на забраната за кумулация и прилагането на най-високия процент при изпълнението.

Впоследствие ВАС – с Решение №11883 от 04.12.2023г. по адм.д. № 4663/23г. е отменил Решение № 537 от 31.01.2023 г. на Административен съд София-град по адм. дело № 5514/2022 г. в частта, с която е отхвърлена жалбата на Агенцията по заетостта срещу Решение рег. № BG05M9OP001-1.004-0001/138 от 01.06.2022 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси” 2014 – 2020 г. за определяне на финансова корекция на Агенцията по заетостта в размер на 25 % по договор № 8 от 20.01.2020 г.

с изпълнител „СИСКОМ инженеринг“ АД, като вместо него е отменил Решение рег. № BG05M9OP001-1.004-0001/138 от 01.06.2022 г. в тази част.

По делото са приети документите от административната преписка и представените от страните. Съдът намира за неотнoсима към спора представената от жалбоподателя електронна кореспонденция, тъй като същата е съставена след издаване на оспорения акт и не променя правното значение на фактите, въз основа на които органът е взел решението си, като е неотнoсима съответно и извършената СТЕ, изследвала тази кореспонденция, поради което ги изключи от ценената доказателствена съвкупност.

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, че подлежи на обжалване пред съд. Жалбата е депозирана в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Оспореното решение е индивидуален административен акт, съгласно чл. 73, вр. чл. 27 от ЗУСЕФСУ, издаден от компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице. Съгласно чл.4, т.7 от Устройствен правилник на министерството на труда и социалната политика, като едноличен орган на изпълнителната власт министърът управлява програми и проекти в сферата на своята компетентност, финансирани от предприєдинителните и структурните фондове на Европейския съюз и от други международни финансови институции и донори. Съдът намира, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган – Ц. И. С. – Главен директор на Главна дирекция „Европейски фондове, международни програми и проекти“, оправомощен със Заповед рег. № РД-03-2/01.12.2020 г. и със Заповед рег. № РД-03-7/20.04.2021 г., издадени от Министър на труда и социалната политика за Ръководител на

Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014 – 2020.

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициерът 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. Така установената процедура е била спазена/ бенефициерът е уведомен за стартиралата процедура и му е дадена възможност да представи своите писмени възражения, което същият е сторил, съгласно писмо с вх. №05-10-451/25.05.2023г. по описа на МТСП/. Решението е издадено в предвидената в чл. 59, ал. 2 АПК писмена форма. Съдържа фактически и правни основания за издаването му, съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения и такива са депозирани. Подадените възражения са обсъдени от РУО в оспорения акт и са изложени конкретни аргументи с които са отхвърлени.

В хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „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.

Съгласно чл. 143, т.1 от Регламент № 1303/2013 държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите, за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, т.2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите-членки изисква доказването на нередността.

Според дефиницията в чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 - „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на „икономически оператор“, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Съгласно чл. 2 т. 37 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 - „Икономически оператор“ означава всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая приложима е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции– Наредбата. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, със същата се посочват 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 европейските фондове и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от закона. Съгласно чл. 2. ал. 1 от Наредбата, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана, оценяване на предложения и избор на изпълнител, изпълнение на сключения договор. Дефиницията за нередност, въведена с чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: 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 установено, че първият елемент на определението е налице – жалбоподателят - Агенция по заетостта има качеството на икономически оператор /субект/ по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013, понеже участва в изпълнението на помощта от на средствата от европейските фондове. В качеството си на икономически субект, като страна /бенефициер/ по договора за безвъзмездна финансова помощ БИМ е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от европейските фондове.

Съдът следва да съобрази, дали са налице останалите елементи на определението за нередност, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна, а именно да извърши проверка, дали възложителят е реализирал сочените от РУО нарушения и в случай, че са извършени такива – дали това има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза.

Също така е необходимо да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи.

Относно нарушението по чл.107, т.1 от ЗОП, вр. чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т.14 пр.второ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, възраженията на жалбоподателя са неоснователни- ясно са посочени нарушените разпоредби на ЗОП.

По силата на чл. 107, ал.1, т.1 от Закона за обществените поръчки/ ЗОП/, освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява: кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

Съобразно чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП, Обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз /ДФЕС/ и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Комисията, назначена от възложителя, е констатирала, че участникът - ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ отговаря на критериите за подбор, посочени от възложителя в поканата за участие и решението за откриване на процедурата.Изискванията по Техническата спецификация пък са за

задължително извършване на предварителен оглед на всички обекти в обособената позиция и подписване на протокол за оглед /Приложение 2.1 към Техническото приложение/. Посочено е, че от страна на възложителя протоколът се подписва от директора на съответното ДРСЗ или ДБТ. В случая е видно, че техническо предложение за участие в процедурата на ЕТ „Ремо – Николай Тошев“ съдържа като приложения задължително изискуемите протоколи за оглед на всички обекти, териториални структури на ДРСЗ [населено място], включени в предмета на обществената поръчка. Спазено е изискването по Техническата спецификация за задължително извършване на предварителен оглед на всички обекти и подписване на протокол за оглед /Приложение 2.1 към Техническото приложение/. Видно е, че протоколите съдържат подписи на упоменатите лица за възложител. Следователно участникът е представил всички изискуеми документи, явяващи се неразделна част от техническата оферта. Действително, протоколът за оглед на обект „ДБТ Козлодуй“ е представен в копие без заверка с подпис на участника и негов печат. Правилно обаче РУО е приел, че чрез участието на представител на възложителя и полагането на подпис от Н.В., възложителят е бил уведомен за извършен предварителен оглед на обекта „ДБТ Козлодуй“ и за изпълнението на това изискване по Техническата спецификация. В случая участникът е отговорял на критериите за подбор, както е посочила назначената от възложителя Комисия, както е спазено изискването по Техническата спецификация за извършване на предварителен оглед на всички обекти, териториални структури на ДРСЗ [населено място], включени в предмета на обществената поръчка. В този смисъл не са били налице основанията на чл. 107, ал.1, т.1 от ЗОП за отстраняването на участника -ЕТ „Ремо – Николай Тошев“. Допуснато е нарушение по чл.107, т.1 от ЗОП, вр. чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП. Налице е и вреда. Нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т.14- тире второ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности-„Отстранен е кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени“. Съобразно чл.4 от Наредбата за посочване на нередности, финансовата корекция е определена по диференциалния метод, като е била установена ценовата оферта на отстранения участник. Размерът на финансовата корекция в случая е равен на реално установените финансови последици, а именно разликата между стойността на по- ниската офертата на отстранения участник и по- високата на спечелилия. Така правилно е наложена

финансова корекция в размер на 5 630,38 лева.

Относно нарушението чл.2, ал.2 от ЗОП, чл. 63, ал. 1, т. 5 ЗОП, квалифицирано като нередност по т.11 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

Съгласно чл. 71, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление за една и съща нередност може да бъде приложена само веднъж финансова корекция. Няма пречка обаче по един и същи проект, съответно договор за обществена поръчка да бъдат извършени повече от една проверки от управляващия орган и ако бъдат установени различни нередности, същите да представляват самостоятелни основания за определяне на финансова корекция с отделни административни актове при спазване на забраната за кумуляция по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ. В същия смисъл е Решение № 12075 от 25.11.2021 г. на ВАС по адм. д. № 6693/2021 г., VII о.

В случая предходния акт за корекция, предмет на обжалване в друго съдебно производство, и процесният акт за корекция касаят различни нарушения на националното законодателство, които са квалифицирани като различна категория нередност.

С Решение рег. № BG05M9OP001-1.004-0001/138 от 01.06.2022 г. РУО е определил финансова корекция на Агенцията по заетостта в размер 25 % от разходите на засегнатия договор № 8 от 20.01.2020 г. с изпълнител „СИСКОМ инженеринг“ АД на стойност 839 914,92 лв. с ДДС.

С процесното, оспорено пред настоящия състав на АСС, решение № BG05M9OP001-1.004-0001/206 от 19.06.2023г. е определена финансова корекция в размер на 10% от същите засегнати и допустими разходи по Договор № 8 от 20.01.2020 г. с изпълнител „Сиском инженеринг“ АД на стойност 839 914,92 лв. с ДДС.

След като на Агенция по заетостта до настоящия момент не е определена финансова корекция върху процесния договор № 8 от 20.01.2020 г. за същото нарушение, то актът е в съответствие с чл. 71, ал. 4 ЗУСЕСИФ и не е налице нарушение при издаването му. Трябва да се отбележи също така, че в процесния административен акт е обсъден предходния акт, както и спазването на забраната за кумуляция и прилагането на най-високия процент при изпълнението.

Съгласно разпоредбата на чл. 63, ал. 1, т. 5 ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на

подходящ стандарт за качество, като може да изисква от кандидата или участника да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката в случай, че изискването не се използва като показател за оценка на офертите. В рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи изискванията към потенциалните участници, като при спазване на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП е необходимо същите да не 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.

Съобразно § 2, т. 41 от ДР на ЗОП, „професионална компетентност“ е наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения. Професионалната компетентност на екипа специалисти, ангажирани с изпълнението на предмета на обществената поръчка, се измерва чрез полученото образование и/или натрупания професионален опит, т. е. възложителят може да изиска от участниците да предложат експерти, притежаващи специфичен професионален опит, стига тази изисквания да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Съобразно решение на Съда от 31 март 2022 година по дело № С-195/21, член 58, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че допуска възможността в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка възлагащият орган да наложи като критерии за подбор, свързани с техническите и професионалните способности на икономическите оператори, изисквания, които са по-стриктни от минималните изисквания, поставени от националната правна уредба, стига такива изисквания да са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка, да са свързани с предмета на поръчката и да са пропорционални на този предмет.

Възраженията на жалбоподателя относно констатираното нарушение са неоснователни. В случая, за ключов експерт № 2 – Експерт „Електронна

техника“ са поставени изисквания за квалификация и професионален опит. Посочено е ,обаче, че експертът следва да притежава и валиден сертификат за инсталация, поддръжка и работа с инсталирания софтуер за системата за видеонаблюдение. Визираният от възложителя валиден сертификат за експерта не е законово необходим и изискуем. Исканият сертификат, противно на доводите на жалбоподателя, не дава по – голяма гаранция в притежаването на необходимите знания и умения за изпълнението на конкретната поръчка. Възложителят е обезпечил в достатъчна степен способността на участниците да изпълнят качествено проекта, като е поставил изисквания за образование и професионален опит. С поставеното изискване за сертификат на „ключов експерт № 2“ необосновано е ограничено участието в обществената поръчка на стопански субекти, които имат на разположение експерт, който отговаря на всички изисквания на възложителя за квалификация, както и за професионален опит, включително поне един успешно приключил проект, включващ дейностите от предмета на поръчката, но не притежава валиден сертификат за инсталация, поддръжка и работа с инсталирания софтуер за системата за видеонаблюдение, както правилно е приел и РУО. В този смисъл е допуснато нарушение по чл.2, ал.2 от ЗОП, вр. чл. 63, ал. 1, т. 5 ЗОП, като е ограничена конкуренцията, доколкото с поставеното от възложителя ограничително изискване /за валиден сертификат на експерта/ необосновано е ограничено участието в обществената поръчка на потенциалните кандидати.

С оглед извода за наличие на вмененото нарушение тук следва да бъде обсъден по- подробно и следващият елемент на фактическия състав на понятието за „нередност“ по смисъла на Регламент № 1303/2013, а именно – вредата. В случая е налице вреда, като в това отношение Съдът съобрази дефиницията по чл. 2, т. 36 на Регламент № 1303/2013, съгласно която нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, както и в настоящия казус. Съгласно чл. 2, ал. 1 ЗУСЕФСУ средствата от европейските фондове се управляват при спазване на хоризонталните принципи и законност, добро финансово управление, пропорционалност и прозрачност чрез партньорство и многостепенно управление с цел намаляване на административната тежест за бенефициента и при осигуряването на видимост. За изпълнението на договорите, по които са предоставени тези средства, законът препраща и към правилата на Закона за обществените поръчки. Спазването на нормативно определените изисквания в различните процедури е гаранция за правилно разходване на тези публични средства, а за тяхното нарушаване ЗУСЕФСУ предвижда

производство по определяне на финансови корекции като възможност за защита на средствата от европейските фондове. Неспазването на правилата за обществените поръчки представлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността това неправомерно поведение да има отражение върху бюджета на общностния фонд. Регламент /ЕС/ № 1303/2013, като общоприложим, задължителен в своята цялост и пряко приложим, дава легална дефиниция на нередността - всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има „или би имало“ като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на СЕС, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието 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.

Правилно нарушението е квалифицирано като нередност по т.11 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата - „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“, за която е предвидена 10% финансова корекция от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка, тъй като е постъпила една оферта.

С оглед изхода на спора, искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 изр.2 от Наредбата за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Съдът

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата Агенция по заетостта срещу Решение № BG05M9OP001-1.004-0001/206 от 19.06.2023г. за определяне на финансова корекция, издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014- 2020.

ОСЪЖДА Агенция по заетостта БУЛСТАТ[ЕИК] да заплати на

Министерството на труда и социалната политика, със седалище:
[населено място], [улица], разноси по делото в размер на 100,00 лв. /сто
лева/.

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в
14 дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: