

РЕШЕНИЕ

№ 671

гр. София, 07.02.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 25.01.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **3285** по описа за **2021** 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. 27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи /ГДПБЗН-МВР/ представлявано от главен комисар Н. Н. – директор срещу Решение от 25.03.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи /ГДПБЗН-МВР/ е определена финансова корекция от 5% от стойността допустимите разходи по договор № 1983опд-3 от 20.01.2021г. с изпълнител „О. А.“ – О. на стойност 2 332 480 лева без ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на сторените по делото разноски.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Оспореното Решение от 25.03.2021г. е издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1 и ал. 3 във връзка с чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ и Административен Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № Д-34-132/16.12.2019 г. на министъра на околната среда и водите и бенефициента Главна Дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“, за изпълнение на проект BG16M10P002-4.006-0001-C01: „Интегриране, надграждане и оптимизация на процесите по превенция, готовност и реагиране на рискове от природен характер“, с оглед констатации, обективирани в писмо изх. № 4-006-0001-2-223/04.03.2021 г. на УО на ОПОС и сигнал за нередност № 654. С него на бенефициента Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи, на основание чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и на основание т. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017г., за допуснато нарушение по чл. 46, ал. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП, е наложена финансова корекция в размер от 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключения Договор № 1983опд - 3 от 20.01.2021 г., с изпълнител: „О. А.“ – О., на стойност 2 332 480,00 лв. без ДДС, за Обособена позиция № 2 - „Доставка и гаранционно обслужване на мобилни комуникационни технически системи тип 2“, в рамките на обществена поръчка с предмет: „Доставка на мобилни комуникационни технически системи - тип 1 и тип 2“, с две обособени позиции.

УО на ОПОС е установил, че в решението за откриване на процедурата възложителят е посочил, че обществената поръчка е разделена на две обособени позиции, поради което формално е изпълнено задължението по чл. 46, ал. 1 от ЗОП. При направения анализ на цялата документация на обществената поръчка, както и на исканията за разяснения по документацията, УО е приел, че дейностите от предмета на поръчката, групирани във всяка от обособените позиции, на практика представляват интерес за различни категории икономически оператори, поради което и разделянето на предмета на поръчката, е следвало да бъде съобразено с вида на стоките, които се доставят. В този смисъл, е изведено заключение, че включването на дейностите по доставка на автомобили и доставка на мобилни комуникационни системи в една обособена позиция, е ограничително за участниците, тъй като ограничава възможността за участие на лицата, които могат да изпълнят дейността по доставка само на мобилни комуникационни системи или само на автомобили, което от своя страна предполага и обединяване на различни категории икономически оператори за изпълнението на всяка от обособените позиции. С оглед гореизложеното, УО на ОПОС е извел заключение, че възложителят, макар и да е изпълнил задължението си по чл. 46, ал. 1 от ЗОП, то той е сторил това формално, без да вземе предвид обстоятелството, че по същество дейностите, които иска да бъдат изпълнени са по доставка на два вида стоки, които са толкова различни, че е безспорно, че икономическите оператори, които биха проявили интерес към поръчката, са от различни категории. По този начин бенефициентът е нарушил задължението си за мотивиране на неразделянето на поръчката на обособени позиции според вида на стоките, предмет на доставката.

По делото е прието заключение на допуснатата съдебно-техническа експертиза, изготвено от инж. А. А., неоспорено от страните, което съдът кредитира като мотивирано, логично и съответстващо на установените факти. Вещото лице е посочило, че процесната поръчка с № 02443-2020-0007 не е напълно идентична с поръчки № 02443-2020-0007 и № 02443-2014-0014, сочени в мотивите на оспореното решение. Нито една позиция от двете поръчки не включва мобилни комуникационни технически системи, т.е. в заданията няма изискване за доставка на МПС. Също така и в двете поръчки са описани три вида различни ТЕТРА радиотерминали (като само единият е идентичен с терминалите, предмет на процесната поръчка), както и елементи от инфраструктурата на ТЕТРА мрежата на МВР, които не са част от предмета на процесната поръчка. На въпроса на жалбоподателя дали е налице сходство между предмета на процесната обществена поръчка с уникален № 02443-2020-0007 и обществени поръчки с уникални № 02443-2014-0014 и в какво се изразява то, експертът счита, че сходството между тези две обществени поръчки и процесната, доколкото то съществува е това, че и трите са с основен предмет доставка на специализирани МПС-та, оборудвани за различни нужди на ГДПБЗН.

По искане на жалбоподателя в качеството на свидетел е разпитан В. Г. – председател на комисията по процесната открита процедура за обществена поръчка. Същият заявява, че от 15 години работи в сектор „Техника“ в ГДПБЗН, като през последните 5г. го ръководи. З. има за ангажимент обезпечаването със специализирани технически средства всички звена на ГДПБЗН в страната, като ангажиментът е както поддръжката, така и осигуряването на нови средства. Секторът има за основна задача изготвянето на техническите спецификации към всяка една процедура, в това число и по конкретния договор. Свидетелят твърди, че тези системи се състоят от две основни части: МПС и монтирана към нея комуникационна техника. Обяснението му да не се поставят изисквания да бъдат като два отделни продукта е, че комуникационните системи представляват МПС с монтирана комуникационна техника, които са изцяло нови и изискванията на отделните производители не позволяват намеса на друг изпълнител върху техните системи. Счита, че тези комуникационни системи са неразделна част от автомобила, защото се свързват към инсталацията на автомобила. Служебната необходимост от този тип средство е насочено към ръководството на самия процес и своевременно осигуряване на допълнителни служители и техника и не е предназначено пряко да извършва пожарогасителни операции. Свидетелят заявява, че преди стартиране на всяка процедура са извършвали пазарно проучване, но според него няма пазарно проучване, което може да потвърди, че обхваща всички оператори. При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-ОП-8/18.03.2021г., е възложил на Г. Г. – Главен директор на ГД „Оперативна

програмата „Околна среда“, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП ОС 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция с писмо изх. № 4-006-0001-2-223/04.03.2021 г. са изложени констатациите и анализът на нарушението, на бенефициента е осигурена възможност да представи в разумен срок писмени възражения, което той е сторил с писмо за възражение с вх. № 4-006-0001-2-223/19.03.2021г., обсъдено в оспореното решение.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в противоречие на материалноправните разпоредби:

Правното основание за налагане на оспорената финансова корекция е разпоредбата на чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, според която финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция 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.

Конкретното нарушение на Закона за обществените поръчки, приложим в случая съгласно чл.49, ал.2, т.1 от ЗУСЕСИФ, е по чл. 46, ал. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Съгласно разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят преценява възможността за разделянето ѝ на обособени позиции. В случай, че реши, че не е целесъобразно разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, в решението за откриване на процедурата възложителят посочва причините за това. В чл. 2, ал. 1 от ЗОП се въвежда и задължението за възложителите, обществените поръчки да се възлагат в съответствие с принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, както и в свободна конкуренция и пропорционалност.

Процесната обществена поръчка с уникален № 02443-2020-0007, е с предмет „Доставка на мобилни комуникационни технически системи тип 1 и тип 2” по Процедура № BG16M1OP002-4.006 „Интегриране, надграждане и оптимизация на процесите по превенция, готовност и реагиране на рискове от природен характер“ по приоритетна ос „Превенция и управление на риска от наводнения и свлачища“ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ по обособени позиции, както следва:

Обособена позиция № 1: „Доставка и гаранционно обслужване на мобилни комуникационни технически системи тип 1” – 32 броя;

Обособена позиция № 2: „Доставка и гаранционно обслужване на мобилни комуникационни технически системи тип 2” – 32 броя.

Съгласно техническата спецификация мобилни комуникационни технически системи тип 1 и тип 2 представляват лек автомобил (МПС), представляващ двубоенна каросерия категория М1 с инсталирана мобилна комуникационна система - TETRA мобилен радиотерминал.

В случая процесното решение е по администриран сигнал за нередност № 654, касаещ обособена позиция № 2: „Доставка и гаранционно обслужване на мобилни комуникационни технически системи тип 2”, във връзка със сключения Договор № 1983опд - 3 от 20.01.2021 г., с изпълнител: „О. А.“ – О., на стойност 2 332 480,00 лв. без ДДС.

Съдът намира за напълно необоснован извода на УО за наличие допуснато нарушение на чл. 46, ал. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Тълкуването на разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП налага извода, че при подготовката за възлагане на обществена поръчка, възложителят има оперативна самостоятелност да прецени възможността за разделянето ѝ на обособени позиции. Преценката е по целесъобразност и в случай, че възложителят реши да не разделя обществената поръчка на обособени позиции, то в решението за откриване на процедурата следва да посочи причините за това.

В случая предметът на обществената поръчка не е доставка на леки автомобили, а доставка на мобилни комуникационни технически системи. Дори само това разграничение подсказва, че търсените комуникационни системи не са обичайните такива, за които МВР провежда други обществени поръчки и това се установи от заключението на СТЕ. Съгласно техническата спецификация не се изисква доставка на различни по вид стоки - два отделни артикула „автомобил” и „мобилна комуникационна техническа система”, а доставка на продукт, който съществува единствено след комплектоването, чрез инсталация и монтаж на тези два артикула, като след тези действия се доставя един продукт, а именно: „мобилни комуникационни технически системи”. При това положение, възложителят изобщо не е правил и не е бил длъжен да прави преценка дали да раздели обществената поръчка на доставка на автомобили и комуникационно оборудване в две обособени позиции.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно българският законодател приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ основания, води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането. Това поставя въпроса какво точно трябва да докаже органа, защото негова е доказателствената тежест с оглед на чл. 170, ал. 1 АПК, за да се приеме за законосъобразен акта му по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Първото, което органът трябва да докаже досежно този елемент на фактическия състав на нередността, е нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право.

Съдът намира за недоказани от страна на ответника нарушенията на националното право и в частност на чл. 46, ал. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП. УО не е доказал твърдяното противоправно поведение на бенефициента, което според него се изразява не във факта, че поръчката е разделена или, че не е разделена на позиции, а е в насока наличие на неоснователно окрупняване на дейности в рамките на дадената обособена позиция, което е обстоятелство, извън обхвата на оперативната самостоятелност на възложителя. Съдът счита, че мотивите на УО съдържат вътрешни противоречия, а именно: „Възложителят, макар и да е изпълнил задължението си по чл. 46, ал. 1 от ЗОП, то той е сторил това формално, без да вземе предвид факта, че по същество дейностите, които иска да бъдат изпълнени са по доставка на два вида стоки, които са толкова различни, че е безспорно, че икономическите оператори, които биха проявили интерес към поръчката, са от различни категории и така е нарушил задължението си

за мотивиране на неразделянето на поръчката на обособени позиции според вида на стоките, предмет на доставката, което е нарушение на чл. 46, ал. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП.“ В крайна сметка целта на обществената поръчка е не да бъдат задоволени интересите на различни категории икономически оператори, а възложителят да разполага с необходимите му мобилни комуникационни технически системи.

Предвид легалната законова дефиниция на понятието „нередност“, УО следва да е установил нередността като неравно третиране на определен икономически оператор, което да аргументира наличието на ограничителни последици с финансово отражение. С оглед фактическата обстановка и представените доказателства по делото, това обстоятелство не е доказано по какъвто и да било начин. Липсата на елементите от фактическия състав на "нередността" в посочения по-горе смисъл, обективира извод за липса на основание за налагане на финансова корекция. Изложеното обосновава извод за незаконосъобразност на обжалвания акт поради неправилно приложение на материалния закон. Поради изложеното актът следва да бъде отменен като незаконосъобразен.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, жалбоподателят има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноси, които възлизат на 1 932,99 лева, от които: 932,99 лева държавна такса, 800 лева възнаграждение за СТЕ и 200 лева за юрисконсултско възнаграждение, които съдът определя 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 Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение от 25.03.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи /ГДПБЗН-МВР/ е определена финансова корекция от 5% от стойността допустимите разходи по договор № 1983опд-3 от 20.01.2021г. с изпълнител „О. А.“ – О. на стойност 2 332 480 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Министерството на околната среда и водите да заплати на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи, ЕИК:[ЕИК], със седалище [населено място], [улица], представлявана от главен комисар Н. Н. сума в размер на 1 932,99 /хиляда деветстотин тридесет и два/ лева, представляваща съдебни разноси.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: