

РЕШЕНИЕ

№ 5761

гр. София, 13.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 15.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **5230** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2021-281/18.05.2021 г. на директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление". Твърди се, че обжалваното решение е неправилно и незаконосъобразно, необосновано, при постановяването му не е спазена установената от закона форма, при допуснато съществено нарушение на административнопроизводствените правила, издадено в нарушение на материалноправните разпоредби и в несъответствие с целта на закона- основания по чл. 146, т.2, т.3, т.4 и т.5 АПК, вр. чл.73, ал.4 ЗУСЕСИФ. Релевира се, че в решението липсва разпоредителна част, в която се определят правата и задълженията, начинът и срокът на изпълнението му- нарушение на чл.59, ал.1, т.5 АПК, предл. второ АПК, съставляващо самостоятелно отменително основание съгласно чл.146, т.2 АПК. Според жалбоподателя органът не е определил размера на финансовата корекция. На следващо място, не били обсъдени възраженията бенефициента ДКИС-МВР. Освен това не бил спазен едномесечния срок за издаването на решението. По същество, органът не е обосновал наличието на елементите от фактическия състав на дефиницията за „нередност“, дадена в чл.2, т.3б Регламент /ЕС/ 1303/2013 г. на Европейски парламент и Съвета и в частност, че

твърдяното е нарушение и има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на ЕС. Поддържа се, че административния орган не доказал наличието на причинна връзка на твърдяното нарушение с нанесени или потенциални вреди на общия бюджет на ЕС. Отделно от това се изтъква, че при постановяване на обжалвания акт са допуснати нарушения на принципите за последователност и предвидимост при провеждане на административното производство /чл.13 АПК/. Липсвали допуснати нарушения по ЗОП, поради което не била налице и нередност по т.11, б. "а" от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата. Моли съда да отмени оспорваното решение. Претендира разноски, включително юрисконсултско възнаграждение в размер на 200лв. Прави възражение за прекомерност на адвокатското/юрисконсултското възнаграждение на ответника.

В съдебно заседание жалбоподателят Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи, чрез процесуален представител поддържа жалбата. В хода по същество, моли съда, да отмени решението, по изложените в жалбата доводи. Счита, че не е нарушен Закона за обществените поръчки, при определяне на критериите за подбор и определянето на критерия за възлагане. Оспорва размера на финансовата корекция, тъй като е определен процент и е определен върху петте милиона от договора, които са сключили административен договор за безвъзмездна финансова помощ. Представя писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение и разноски.

Ответникът- Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление", чрез процесуален представител оспорва жалбата. Моли съда да остави жалбата без уважение и да потвърди акта като правилен и законосъобразен, по подробни съображения, изложени в акта и в отговора на жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура – редовно призована не изпраща представител.

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

С решение № 5290оп38 от 23.01.2018 г. е обявена открита процедура за обществена поръчка, на основание чл.73, ал.1 ЗОП с предмет „Лицензиране и внедряване на интегрирана информационна система за управление на ресурсите (ERP) в МВР“, с прогнозна стойност на поръчката 6000000 лв., без ДДС. Със същото решение е одобрена документацията за обществената поръчка.

В резултат на проведената процедура е сключен Договор за обществена поръчка с изпълнителя Обединение „БГ-СИСТЕМНА ИНТЕГРАЦИЯ“ Д. №5290оп-407/06.07.2018, с предмет „Лицензиране и внедряване на интегрирана информационна система за управление на ресурсите (ERP) в МВР“ на обща стойност 5 670 706.00лв. без ДДС, съответно 6 804 847.20лв. с ДДС.

На 11.12.2020 г. жалбоподателят Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи /ДКИС-МВР/ е сключил с Ръководителя на Управляващият орган на Оперативна програма „Добро управление“ /Р. на ОПДУ/ административен договор №В.-2.022-0001-С01 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Добро управление“ за изпълнение на проект „Изграждане на единна, ефективна система за управление на ресурси в системата на Министерството на вътрешните работи“ на обща стойност 1 969 183.86 лева. Финансовите средства за изпълнението на проекта са 85% от Европейския социален фонд и 15% национално финансиране. Основната

дейност по проекта е „Разработване и внедряване на информационна система за управление на ресурсите /ERP/ в Министерство на вътрешните работи и обучение за работа с нея“.

На 31.05.2020 г. е подписано Допълнително споразумение към Договор №В.-2.022-0001-С01/11.12.2020 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Добро управление“ по Процедура В.-2.022 за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ „Изграждане на единна, ефективна система за управление на ресурси в системата на Министерството на вътрешните работи“.

При извършен от УО по ОПДУ последващ контрол са констатирани нарушения на Закона за обществените поръчки (ЗОП), за което Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи /ДКИС-МВР/ като бенефициент е уведомен с писмо с изх. № 02.50-55 от 31.03.2021 г., изпратено чрез ИСУН на 15.04.2021г.. Със същото на основание чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ е даден двуседмичен срок за писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция за всяко констатирано нарушение и при необходимост да се приложат документи чрез ИСУН 2020.

В срок бенефициентът ДКИС-МВР депозирал възражение рег. №529000-1701 №1/15.04.2021 г., преценено от ръководителя на УО като неоснователно.

С оглед на проведеното административно производство, И. П.- директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет в качеството на ръководител на УО на ОПДУ, издала оспореното Решение № ФК-2021-281 от 18.05.2021г., с което е определила на Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи, бенефициент по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № В.-2.022-0001-С01 от 11.12.2020 г. по отношение на обществена поръчка с предмет: „Лицензиране и внедряване на интегрирана информационна система за управление на ресурсите (ERP) в МВР“, съфинансирана по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № В.-2.022-0001-С01 от 11.12.2020 г. за изпълнение на проект „Изграждане на единна, ефективна система за управление на ресурси в системата на Министерството на вътрешните работи“ с избран изпълнител Обединение „БГ-СИСТЕМНА ИНТЕГРАЦИЯ“ Д. съгласно Договор №5290оп-407/06.07.2018г. финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договора, на основание 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 по реда на ЗУСЕСИФ.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд, в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс като при съдебното оспорване се прилагат съответно разпоредбите на чл. 27, ал. 2 и 3 и ал. 5 и 6 от ЗУСЕСИФ.

Компетентност: Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ 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-73/14.05.2021г. 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 2009г. и чл.9, ал.5 ЗУСЕСИФ и параграф 4 от Преходните и заключителни разпоредби на Постановление №162 на Министерския съвет от 2016г., 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 да издава индивидуални, общи и вътрешнослужебни актове, свързани с управлението и изпълнението на ОПДУ, от компетентност на ръководителя на УО на ОПДУ, предвидени в националното законодателство и в правото на Европейския съюз. 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 № Р-73/14.05.2021г. на Министър– председателя на Република България.

Форма: Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, 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.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания, с оглед изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. В акта е посочена установена нередност по т.11 буква „а“, от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, като е прието, че същата съставлява нередност по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ. Оспореният акт е издаден на основание чл.70, ал.1, т.9, във връзка с чл.73, ал.1, във връзка с чл.72, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ. Доколко тези фактически и правни основания са материално законосъобразни и доколко обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Административнопроизводствени правила: Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 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 по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. За констатираното нарушение, бенефициентът е уведомен с писмо с изх. № 02.50-55 от 31.03.2021 г.. Същото е изпратено, на основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ИСУН) и за провеждане на производства пред управляващите органи посредством. ИСУН. Жалбоподателят е представил възражение по реда на чл. 73, ал. 2, пр. второ от

ЗУСЕСИФ рег. №529000-1701 №1/15.04.2021 г. Р. на ОПДУ се е запознал с възраженията и ги е обсъдил с издаване на оспореното решение.

Процесното Решение № ФК-2021-281 е издадено на 18.05.2021г.. Доколкото едномесечния срок за издаване на решение от органа, от представяне на възраженията изтича в неприсъствен ден /15.05.2021г.- събота/, то срокът е до първия присъствен ден 17.05.2021 г. /понеделник/. В случая решението е издадено един ден след срока, установен в чл.73, ал.3 ЗУСЕСИФ. Произнасянето на органа след срока по чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ, макар и формално нарушение на административнопроизводствените правила, не е съществено, защото срокът не е преклузивен, а инструктивен /Решение № 3014 от 13.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8861/2016 г., VII о./. Предвид това довода на жалбоподателя в тази насока е неоснователен.

С оглед гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Относно спазване на материалноправните разпоредби:

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /чл. 1, ал. 1/ се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство, предоставени по програми на Република България. За средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. В раздел III от глава пета от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл. 69, ал. 1 ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2 т. 36 и 38 от Регламент № 1303/2013 /пълното наименование на нормативния акт е Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент /ЕО/ № 1083/2006 на Съвета/.

Съгласно чл.143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета,

държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е 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. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ 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.

В случая липсва спор по делото, че жалбоподателя като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т.36 от Регламент 1303/2013 г., като тежестта на доказване е на УО.

В решението УО е приел като правно основание за налагане на финансовата корекция чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ- 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. Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. В случая приложима се явява Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 Обн. ДВ. бр. 27 от 31.03.2017г., изм. ДВ. бр. 68 от 22.08.2017г., изм. ДВ. бр.67 от 23.08.2019г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06.03.2020 г. Съгласно чл. 1, ал. 1, наредбата се прилага при констатиране на случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето

на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. В чл. 2, ал. 1 е посочено, че нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

По отношение на първото нарушение по чл. 59, ал. 2, изречение първо и второ от ЗОП, чл. 2, ал. 2 от ЗОП, чл. 2, ал. 1, т. 1 (равнопоставеност и недопускане на дискриминация) и т. 2 (свободна конкуренция) от ЗОП:

Ръководителят на Управляващия орган констатира, че в обявлението за обществената поръчка, Критерии за подбор- т. 1 от раздел III. 1.3) „Технически и професионални възможности“ е въведено изискването участниците да разполагат с квалифициран екип за изпълнението на поръчката от най-малко 1 ръководител проект, 4 функционални консултанти, 1 технически консултант/разработчик, 1 експерт по база данни, 1 системен администратор на СУБД, 2 експерти дискови масиви, 1 експерт сървърна инфраструктура и 1 експерт бекъп софтуер. Условия, които ограничават свободната конкуренция, се съдържат в следните изисквания по отношение на професионалната компетентност на експертите:

- за четиримата функционални консултанти: „минимум 5 години общ професионален опит във внедряване на информационни системи за планиране и управление на ресурсите от производителя и вида на софтуера, предложен от участника“ и „сертификат от производителя за внедряване на софтуера“,
- за техническия консултант/разработчик: „сертификат от производителя за разработка (програмирането) на софтуера“;
- за двамата експерти дискови масиви: “сертификат за инсталация и поддръжка от производителя за дискови масиви“
- за експерта сървърна инфраструктура: “сертификат за инсталация и поддръжка на сървъри от производителя“;
- за експерта бекъп софтуер: „сертификат от производителя с права за инсталация, конфигурация и администриране на предложения бекъп софтуер“.

Ръководителят на УО приел в обжалваното решение, че условията за всички посочени експерти да притежават съответен сертификат, издаден единствено от производителя, без да е допусната възможност същият да бъде издаден и от упълномощени/оторизирани от производителя лица/представители съставлява нарушение на:

- забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП за ограничаване на конкуренцията „чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано

предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки...” и

- произтичащото от това нарушение на основополагащите принципи по чл. 2, ал. 1, т. 1 (равнопоставеност и недопускане на дискриминация) и т. 2 (свободна конкуренция) от ЗОП, както и

- нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение първо и второ от ЗОП.

Това нарушение е квалифицирано като нередност по т. 11, б. "а" от Приложението към Наредбата.

Според Р., независимо от степента на сложност на предмета на поръчката, услугата би могла да бъде изпълнена качествено не непременно и единствено от лице, притежаващо опит/сертификат от производителя, а и от други лица, които извършват същата или сходна по технически параметри дейност, съответно предлагат същите или сходни по технически параметри сървъри/дисков масив/софтуер. Изложено е, че ERP системите са широко разпространени и на пазара има множество участници, включително упълномощени от производителите лица. Техническите параметри на сървърите/дисковия масив/софтуера - предмет на доставката- не доказват технологична изключителност, която да предполага уникално ноу-хау, необходимо за придобиване на опит/сертификат за

разработка/инсталация/програмиране/администриране/поддръжка на същите единствено и само от производителя. В този смисъл, ограничаването само до производителя не е необходимо за установяване на възможността на съответните експерти да изпълнят възложените им функции и съответно на участниците- да изпълнят поръчката чрез посочените експерти и не е съобразено със сложността на поръчката. Оторизирането от производителя на всяка техника има за цел да гарантира, че упълномощените лица, които не са производители, ще предлагат същата техника и необходимото качество свързани с нея услуги. Наличието на оторизация от производителя не би довела до различни фактически и юридически последици по отношение на точното и качествено изпълнение на обществената поръчка. Следователно няма обоснована причина, поради която Възложителят изключва оторизираните от производителя лица от кръга на лицата, от които съответните експерти са придобили своя опит/сертификат. Чрез залагането на това ограничително изискване, Възложителят необосновано от предмета и сложността или други специфики на поръчката възпрепятства от участие потенциални участници, които отговарят на критериите за подбор и всички останали условия за участие освен на посочените изисквания. Индикация за ограничената конкуренция е

получаването на единствена оферта в процедурата.

Бенефициентът е възразил с мотива, че заложения критерий за подбор е в изпълнение на закона и е съобразен с предмета, стойността и сложността на обществената поръчка. Във възражението на бенефициента е изложено, че в раздел III. 1.3) на обявлението не е поставено изискване сертификатите да са „издадени единствено от производителя“, а за притежаване на сертификат от производител, без да се изследва обстоятелството кой е негов издател, тъй като сертификата може да бъде издаден както от производител, така и от лице, което е оторизирано или упълномощено от производител да провежда обучения и да издава сертификати от негово име. Фактът, че в документацията и в обявлението не съществува текст, според който възложителят няма да признава и/или приема сертификати, издадени от упълномощени/оторизирани от производителя лица потвърждава това обстоятелство.

Съдът намира за правилен извода на Р., че със заложеното изискване по отношение на експертите да притежават съответен сертификат, издаден единствено от производителя, без да е допусната възможност същият да бъде издаден и от упълномощени/оторизирани от производителя лица/представители, са нарушени императивните норми на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 във връзка с извършено нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение първо и второ от ЗОП, тъй като по този начин са възпрепятствани евентуалните участници, които отговарят на критериите за подбор и всички останали условия за участие освен на посочените изисквания. За да приеме това съдът съобрази следното:

Според чл. 59, ал. 2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. В същия смисъл е и разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съобразно която 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. А сред принципите за възлагане на обществени поръчки по чл. 2, ал. 1 от ЗОП са равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция (т. 1 и т.2).

Оперативната самостоятелност на възложителя да определя критерии за подбор към участниците е ограничена и от нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП,

съгласно която 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. За да съществува нарушение на посочената разпоредба, въведеното изискване не само следва да ограничава участието на лица в обществената поръчка, но това ограничаване следва да е необосновано. Обосноваността на ограничението може да произтича от спецификата на поръчката или от нормативно заложено ограничение в специален закон. Заложеният от възложителя критерий ограничава участието на потенциалните кандидати, които не разполагат с посочения в обявлението сертификат от производителя. Неоснователни са доводите, че липсата на текста "от упълномощени/оторизирани от производителя лица/представители" не би довела до директно отстраняване на участник от процедурата, тъй като ограничението касае потенциалните участници, които изобщо не са подали документи. В този смисъл е без значение дали комисията би допуснала такъв участник. Без значение е обстоятелството, че липсата на "от упълномощени/оторизирани от производителя лица/представители" не е довела до отстраняване на участник, както се посочи от значение е ограничаването на потенциалните участници. Ограничителното условие касае потенциалните кандидати, чието участие е разколебано.

Следва да се отбележи, че признаване на еквивалентни сертификати от възложителя по силата на закона се съдържа в разпоредбите на чл.64, ал.6 ЗОП и чл.68, ал.4 ЗОП, но те касаят издадени такива от органи, установени в други държави членки. Т.е. в случая е изрично е визирано издаването на сертификат от производителя, поради което изложеното във възражението от страна на бенефициента /жалбоподател в настоящото производство/ не се споделя от този състав на съда. При установеното ограничително условие не може да се предполага, че и без него броят на офертите ще е само една, за да се приеме, че на практика не се е стигнало до ограничаване на участниците, както твърди жалбоподателя.

По този начин са нарушени принципите на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, и така е опорочена и възможността за участие на кандидат с по- конкурентна оферта, като по този начин общите разходи по финансиране на дейностите биха могли да бъдат по- ниски.

Констатираното нарушение представлява нередност по б. "а" на т. 11 от

Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Установеното нарушение има финансово отражение, предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

С оглед на гореизложеното са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., т.е. фактическият състав е изпълнен: нарушение на правото на Европейския съюз- проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение първо и второ от ЗОП, чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП); извършено чрез действие на възложителя; субект на нередността - Дирекция „Комуникационни и информационни системи" (бенефициент); вреда на общия бюджет на Европейския съюз- сумата, с която би бил оцетен бюджетът на Европейския съюз вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - със залагането на неправомерен критерий се ограничава конкуренцията в процедурата, в която е можело да участват други икономически оператори, които да представят оферти с по- ниска стойност за изпълнение на поръчката, което закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз. Следва да се отбележи, че при определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице „доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.“ Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези, само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да „има или би имало“ за последица нанасянето на вреда. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз, каквато в случая е налице.

Досежно нарушението, свързано с Критерии за възлагане:

Ръководителят на Управляващия орган констатирал, че Възложителят на обществената поръчка определил критерий за оценка на офертите по чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП: оптимално съотношение качество/цена, с показател К1 „Техническо предложение“ с относителна тежест 60% в комплексната оценка на офертите и показател К2 „Предложена цена“ с относителна тежест 40%. Съгласно документа озаглавен „Методика за оценка на офертите“ (Методиката), съставляващ неразделна част от документацията

за обществената поръчка, оценката по показателя K1 се формира като сбор от оценката по три подпоказателя: K1₁ „Жизнен цикъл на предложената ERP система“, K1₂ „Възможности на дисковите масиви“ и K1₃ „План за внедряване“. Според Управляващия орган, формирането на оценката по подпоказателя K1₃, подробно описана в процесния административен акт е в нарушение на чл. 33, ал. 1, изречение второ от ППЗОП. От една страна, ниското (5 т.) и средно ниво (10 т.) на удовлетворяване на минималните изисквания на Възложителя съгласно Техническата спецификация съдържат липси и несъответствия (акцентирани чрез удебелен шрифт текстове), които независимо, че Възложителят ги квалифицира като „несъществени“ са съществени. На първо място, съставляват скрито отсъствие на минимално задължителни елементи от Техническата спецификация и би следвало да водят до отстраняване на съответния участник, а не до присъждане на по-нисък от максималния брой точки, в нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Съгласно Техническата спецификация, едно от изискванията към плана за внедряване е „а. Дейностите, описани в плана за внедряване, трябва да гарантират постигането на желаните функционалности на системата“. Постигането на желаните функционалности на системата се включва в обхвата на по-общата формулировка „навременно и качествено изпълнение“ и „постигане на целените резултати“. Безспорно, навременното и качествено изпълнение и постигането на целените резултати е основополагаща цел и предназначение на всяка обществена поръчка, като всяко техническо предложение, което не гарантира навременно и качествено изпълнение и постигане на целените резултати, дори само да ги излага на риск, не изпълнява изискванията на Възложителя и участникът подлежи на отстраняване.

На второ място, определението в Методиката за „несъществени“ неточности/ непълноти/ пропуски/ липси, в частта „не са съобразени с предмета на поръчката“, е незаконосъобразно. Съгласно чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, с (под)показателите от методиката за комплексна оценка се оценява „нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации“, а не само с техническите спецификации. По аргумент на противното от чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП техническо предложение, в което един или повече елементи не са съобразени, т.е. не съответстват на предмета на поръчката страда от съществени пропуски, за които подлежи на отстраняване, а не на оценяване. Ако бъде оценен при тяхното наличие, оценката би била незаконосъобразна (в противоречие с посочените норми). Ако който и да било елемент на техническото

предложение няма никакъв принос и връзка с изпълнението на предмета на поръчката, какъвто се изисква по силата на чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП, такова предложение не подлежи на изпълнение, следователно е незаконосъобразно както да бъде представено от участника, така и да бъде оценено от комисията на Възложителя.

Друго несъответствие с минималните изисквания на Техническата спецификация (видно от израза „съобразно технологичните изисквания на Възложителя“), което Методиката незаконосъобразно допуска до оценяване, е „нереалистичност в срока за доставка и внедряване на системата“. В допълнение, в т. „г“ от изискванията към плана за внедряване в Техническата спецификация е заложено техническото предложение „да предвиди мерки за контрол, свързани с доставката на оборудването за системата“. Съгласно Методиката, вместо да подлежат на отстраняване, участниците биха получили минималните 5 точки за план за внедряване, в който напълно липсват - „не са предложени“ изискуемите мерки за контрол, съответно 10 т. в случай, че са предложени такива, но те „не са достатъчни“, т.е. мерките не гарантират осъществяването на необходимия контрол.

От друга страна, високото ниво на изпълнение (15 т.) отговаря напълно на изискванията на Възложителя, като изпълнява всички минимални изисквания към плана за внедряване от Техническата спецификация, но не съдържа надграждащи обстоятелства, каквито трябва да са всички оценявани обстоятелства във всяка методика за комплексна оценка. Следователно с максимален брой точки се оценява не най-високото предложено качество и съответно не допринася за избора на икономически най-изгодната оферта, в нарушение на чл. 70, ал. 4, т. 1 във връзка с ал. 1 от ЗОП, а минимално допустимото качество, за което следва да бъде присъден минимален брой точки. В този смисъл, начинът на оценяване по подпоказателя К1з оценява пълнотата и степента на изпълнение на минималните изисквания на Възложителя, а не дава възможност да се оцени нивото на изпълнение (в изпълнение и превишение на минималните изисквания), предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, нито да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, в нарушение съответно на чл.70, ал.7, т.1 и т.2 ЗОП, поради което не гарантират реална конкуренция в нарушение на чл.70, ал.5, изр.трето ЗОП.

В производството пред административния орган, Бенефициентът е пояснил, че за целите на прилагане на методиката е разтълкувано какво следва да се разбира под понятията: „формално“, „несъществени“, „ясно“,

„неточности/непълноти/ пропуски/липси“, „детайлно/детайлност/обосновано“, „подробно“, „изчерпателно“, „релевантно“ и „схематично“. Това способства на преодоляване на субективността и не позволява на помощния орган на възложителя да прави свободни интерпретации и индивидуални, персонални преценки.

УО на ОПДУ е приел, че твърдението не може да бъде прието, с оглед дефинираните понятия, тъй като в самите определения на същите са използвани изрази, които отново предпоставят субективизъм от страна на членовете на комисията, а именно „...но съставят вътрешни противоречия, липса на подробна информация, конкретика, яснота“, „описание, което е подходящо, адекватно“, „...описание, което е съкратено, в общи черти, представено е опростено и шаблонно...“ и др. Дефинирането на понятия, които са неясни като указания към потенциалните участници, не могат да бъдат приети за способ на преодоляване на субективността и не позволяващи на помощния орган на възложителя да прави свободни интерпретации и индивидуални, персонални преценки.

Съдът намира, че в конкретния случай е изведено нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1 и т. 2 от ЗОП, при което не се гарантира реална конкуренция, в нарушение на чл. 70, ал. 5, изречение трето от ЗОП. Съгласно чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, с (под)показателите от методиката за комплексна оценка се оценява „нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации“, а не само с техническите спецификации. По аргумент на противното от чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП, техническо предложение, в което един или повече елементи не са съобразени, т.е. не съответстват на предмета на поръчката, страда от съществени пропуски, за които подлежи на отстраняване, а не на оценяване. Ако бъде оценен при тяхното наличие, оценката би била незаконосъобразна (в противоречие с посочените норми). Ако който и да било елемент на техническото предложение няма никакъв принос и връзка с изпълнението на предмета на поръчката, какъвто се изисква по силата на чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП, такова предложение не подлежи на изпълнение, следователно е

незаконосъобразно както да бъде представено от участника, така и да бъде оценено от комисията на Възложителя.

Наличието на неясни изрази поражда прекомерна свобода по отношение на преценката от страна на комисията за прилагане на разглежданата методика. Принципът на равно третиране налага участниците да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си и следователно включва изискването спрямо офертите на всички оференти да се прилагат едни и същи условия. С цел гарантиране на спазването на принципа на равно третиране, условията и редът за провеждане на поръчката, както и методиката за оценка на офертите, трябва да са определени ясно, точно и еднозначно в обявлението за поръчка и в документацията за участие, така че да позволяват на всички участници да разберат тяхното точно съдържание и да ги тълкуват по един и същ начин. Показателите за оценка трябва да дават възможност на възлагащия орган наистина да провери дали офертите съответстват на критериите на разглежданата поръчка.

При изготвяне на методиката възложителите трябва да спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП. В случая от събраните по делото доказателства, не се установи от страна на жалбоподателя, тези императивни изисквания на закона да са спазени.

Нормата на чл.33 ал.1 от ППЗОП касае дейностите и нейното тълкуване води до извода, че забраната за оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията за организацията на изпълнението на дейностите следва да се разбира като залагане на такава методика, която отчита субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, оценявайки

степенувано възможността за пълнота на техническото предложение, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлно, пълно и прочие описание на дейностите, задачите и т.н. От изложеното става ясно, че процесната Методика предоставя възможност на комисията, оценяваща офертите, свободно да интерпретира заложените критерии за оценка и да определя тази оценка по свое усмотрение, без същата да е надлежно обоснована в утвърдената документация, ясна и предвидима за участниците в процедурата. Това от своя страна води до ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, даващи необосновано предимство или необосновано ограничавачи участието на стопански субекти и не са съобразени с предмета и обема на обществената поръчка, в нарушение на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация при възлагане на същата.

Така допуснатите нарушения на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017г. и подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри.

Налице са всички съставомерни признаци, като допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан

вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ, който гласи: „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи“. В този смисъл е и чл.3, ал.2 от Наредбата: “Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно – чрез пропорционален метод”. Поради спецификата на конкретното нарушение, безусловно рефлектиращо върху конкуренцията в поръчката, обективно е невъзможно да се определи точен размер на причинената вреда, тъй като не е възможно да се установи кои икономически обекти на пазара не са участвали в проведената от жалбоподателя процедура за възлагане на обществена поръчка, както и каква би била стойността на договора за изпълнение при друг участник. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по

ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е установил въз основа на каква база следва да се изчисли размера на финансовата корекция. Ето защо и доводите на жалбоподателят изложени в обратната насока не се споделят от настоящия съдебен състав на съда.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата 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 структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), са посочени в Приложение 1. Видно от Приложението, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвидено и съответен процентен показател на финансовите корекции. На посоченото основание по т. 11, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата в случая законосъобразно органът е определил финансова корекция в размер на 10% върху изразходваните средства- допустими разходи, по засегнатия договор за обществена поръчка № 5290оп-407/06.07.2018 г., финансирани по ОПДУ. Кой са допустимите разходи по този договор, финансирани по ОПДУ се определя в процедурата по верификация на същите в хода на изпълнение на проекта по договора. Изчисляването на

размера е въпрос на пресмятане в процедурата по налагане на корекцията като процентен показател върху определените като допустими разходи по проекта, финансирани със средства от ЕСИФ по ОПДУ.

Настоящият съдебен състав приема, че Р. е изложил мотиви в обжалвания административен акт относно всички елементи от фактическия състав на нередностите съгласно дефиницията дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 година. Излага съответстващи на тежестта на нарушението аргументи досежно размера на корекцията за всяка нередност и правилно определя основата, върху която се прилага определеният процентен показател корекция, а именно – 10% за всяка нередност. Предвид принципа за некумулиране на размера на определените процентни показатели за нередности по един договор, правилно окончателно е определен един процентен показател корекция съответстващ на най-високия такъв.

На следващо място, административният акт е постановен и при съблюдаване на законовата цел. Съгласно чл. 4, ал. 2 от АПК, административните актове се издават за целите, на основанията и по реда, установени в закона. Финансовата корекция е предвидена мярка, която се налага с цел да се коригират последиците от едно неправомерно действие или бездействие, като се възстановят незаконосъобразно предоставени средства. Съгласно чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с

приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Именно с тази цел е наложена и процесната финансова корекция, поради което доводите на жалбоподателя в тази насока са неоснователни.

Мотивиран от горното, при проверката по чл.168 от АПК, съдът намира, че оспореният административен акт е валиден, издаден в предписаната от закона форма, при спазване на процесуалните правила и със съдържание, включващо достатъчно обосновани и подробни мотиви относно нарушенията, съставомерността на нередностите и определения размер на финансовата корекция, в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на закона, поради което подадената срещу него жалба се явява неоснователна.

Предвид този изход на спора и своевременно направеното от процесуалния представител на ответника искане за разноси по правилата на чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ такива следва да се присъдят в размер на 200 лева.

Така мотивиран, Административен съд– София град, Трето отделение, 73-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2021-281/18.05.2021 г. на Директора на Дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление".

ОСЪЖДА Министерство на вътрешните работи да заплати на Министерски съвет на Република България сума в размер на 200 /двеста/

лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: