

РЕШЕНИЕ

№ 5482

гр. София, 29.08.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 06.06.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **10128** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73 и сл., вр. чл. 27 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, вр. чл. 145 от АПК.

Образувано е по жалба на Министерство на външните работи срещу Решение за определяне на финансова корекция № УРИ-8121р-21488/19.10.2022 г. на директора на дирекция „Международни проекти“ - Министерство на външните работи и Ръководител на отговорния орган по фонд „Вътрешна сигурност“, с което е определена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021г. сключен между Министерство на външните работи и "АЙ БИ ЕС-БЪЛГАРИЯ" ЕООД и финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи по договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021г. сключен между Министерство на външните работи и "АЙ БИ ЕС-БЪЛГАРИЯ" ЕООД. В оспореното решение е прието, че са налице достатъчно данни, които потвърждават нарушенията, описани в т.1, частично нарушенията, описани в т.2 (относно липсата на документална проследимост) и нарушението, посочено в т.8 от Акт за установяване на нередност № УРИ 8121р-15766/04.08.2022г., които нарушения са основание за определяне на финансова корекция в посочения по-горе размер по двата договора, сключени между Министерство на външните работи и "АЙ БИ ЕС-БЪЛГАРИЯ" ЕООД.

В жалбата са развити доводи за неправилност, необоснованост и незаконосъобразност на решението, както и за постановяването му в противоречие с материалноправни

разпоредби и несъответствие с целта на закона, при което се иска отмяната му и в условия на алтернативност - да бъде изменено, като бъде определена финансова корекция в размер на 10 на сто от стойността на допустимите разходи по посочените по-горе договори. Конкретно са изложени твърдения - по отношение на констатациите на Отговорния орган /О./ по т. 1 от акта за установяване на нередност, във връзка с поставено от възложителя условие в документацията и обявлението за обществена поръчка за опит на заинтересованите лица в последните 5 години от датата на подаване на заявлението за участие, че възложителят е представил на О. - дирекция „Международни проекти“ при МВР, за целите на предварителния контрол, пълен пакет от документи, съгласно изискванията на Системите за управление и контрол, версия 7 по Ф. и ФВС. Във връзка с извършения контрол, обективиран със становище на О. по ФВС с рег. № УРИ 812100-2969-22.02.2021г., на Министерството на външните работи не са били отправени забележки по отношение на констатациите за заложили незаконосъобразни изисквания. В тази връзка се твърди, че ролята на предварителния контрол е да даде увереност на бенефициера, че е спазил основните законови разпоредби, като е приложил забележките на управляващия програмата орган, с отбелязването, че липсата на искане за разяснения от потенциални участници в обществената поръчка, е достатъчен аргумент затова, че поставеното условие не е било неясно за заинтересованите лица. Оспорват се като неоснователни изводите на О., че е въведен неясен срок за изпълнени дейността, който създава неяснота и несигурност за неопределен кръг от потенциални кандидати да подадат заявление, поради което същите да не могат да преценят дали отговарят на въведеното условие.

По отношение на констатациите на О. по т. 2 от акта за установяване на нередност - поставено от възложителя неясно условие в документацията и обявлението за обществена поръчка: липса на документи в офертите по двете обособени позиции, посочени в раздел VIII от документацията, съгласно изискването на възложителя („офертата да съдържа“: - „2.4. Образец на протокол за извършена дейност по гаранционно обслужване“ и - „2.5. Документ, в който са регламентирани установените правила за обезпечаване на гаранционната отговорност и извършването на гаранционно обслужване“), жалбоподателят твърди, че установените правила за обезпечаване на гаранционната отговорност и извършването на гаранционно обслужване“), не съставляват и не е налице фактическия състав за нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, предвид на това, че изискването не е част от критериите за подбор или от техническата спецификация, което да води до извод, че определеният за изпълнител на обществената поръчка за всяка от двете обособени позиции участник не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации. По-конкретно, посочва се, че документите по т. 2.4. и 2.5. от документацията „Образец на протокол за извършена дейност по гаранционно обслужване“ и „Документ, в който са регламентирани установените правила за обезпечаване на гаранционната отговорност и извършването на гаранционно обслужване“ не са документи, които да са изискуеми съгласно ЗОП, поради което не попадат в обхвата на описанието за нередност, по т. 16, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

По отношение на констатациите на О. по т. 8 от акта за установяване на нередност - констатации за липса на клаузи от глава „Прекратяване на договора (от чл. 45 до чл. 50 включително) в сключения с изпълнителя договор, жалбоподателят счита, че са неоснователни и не е налице съществено изменение на договора по обособена

позиция № 1 - договор № 88/ОП-И/2021г. Твърди, че е допусната фактическа грешка, а не изменение на договора, което да е извършено от възложителя умишлено с цел изменение, което, ако е било част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, би привлякло към участие допълнителни участници или кандидати. Сочил, че липсата на клаузи за прекратяване на договора не е довела до изменение на стойността на договора, не засяга цялостния характер на поръчката, няма въздействие върху предмета и обхвата на договора, срока на изпълнение, условията на плащане и др., поради което квалифицирането на констатираната липса като съществено изменение на договора по чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП е неоснователно. Уточнява, че дори и разпоредбите за прекратяване на договора да липсват в подписания договор, клаузата на чл. 61 от него препраща към разпоредбите на действащото българско законодателство - Закона за задълженията и договорите, Закона за обществените поръчки, поради което счита за неоснователно е твърдението на О. за съществено изменение на договора по обособена позиция № 1. Видно и от номерацията на разпоредбите на Договора, която на страница 12 от него от Чл. 44 преминава на Чл. 51, видно било, че ставало въпрос за технически пропуск при подписване на договора, а не за целяно от възложителя изменение на договора. В допълнение сочи, че възложителят е предприел действия за сключване на допълнително споразумение към договор № 88/ОП-И/2021г. за допълването му с липсващите текстове относно прекратяването на договора /от чл. 43 до чл. 50 от проекта на договор/, като с Допълнително споразумение № 1, № 33-00-345/02.11.2022 г., към Договор № 88/ОП-И/21 г., сключен между Министерството на външните работи и „Ай Би Ес - България“ ЕООД, този технически пропуск е преодолян и договорът е допълнен с липсващите текстове.

Развити са и доводи, че не е доказан фактическият състав на нередност по смисъла на чл. 1, параграф 2 на Регламент (ЕО, Е.) 2988/95 г. на Съвета от 18.12.1995 г., че не е установено финансово отражение върху бюджета на ЕС.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юриконсульт У., която поддържа жалбата по изложените в нея съображения и в представени писмени бележки. В допълнение на съображенията, изложени в жалбата, се твърди и некомпетентност на издателя на оспорваното решение, поради което се претендира и нищожността му. Претендира присъждане на разноски по списък /л.118/

Ответникът - ръководителят на отговорния орган по Фонд „Вътрешна сигурност“ и директор на Дирекция „Международни проекти“ – Министерство на вътрешните работи, не се явява, представлява се от юр. П.-С., която оспорва жалбата и моли да бъде оставена без уважение. Излага подробни аргументи за законосъобразност на оспорваното решение в представени писмени бележки. Представя доказателства за компетентност на органа, издал оспорения акт. Претендира юриконсултско възнаграждение в минимален размер.

Софийска градска прокуратура - редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

Административен съд София град, III отделение, 66 състав, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

По делото не е спорно, че на 03.09.2020г. е сключен Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ рег.№ 812108-49 /л.60/ между Дирекция

„Международни проекти” – Министерство на вътрешните работи, в качеството на Отговорен орган по фонд „Вътрешна сигурност” 2014-2020г, съгласно Р. № 657/31.08.082015г. /л.28/ и Министерство на външните работи, в качеството му на бенефициент. Предмет на договора е предоставяне на безвъзмездна финансова помощ за изпълнение на проект, финансиран по дейност „Следгаранционна поддръжка на НВИС”, специфична цел 3 „Оперативна подкрепа”, Национална програма на България за подпомагане на Фонд Вътрешна сигурност /ФВС/ за периода 2014-2020г., наименование на проектно предложение BG65ISNP001-3.006-0001 „Следгаранционна поддръжка и актуализиране на софтуерните компоненти на НВИС”. Със Заповед № УРИ нт-330 от 21.06.2022г. /л.57/ Директор на Дирекция Международни проекти /ДМП/-МВР и ръководител на О. по ФВС, е създадена работна група за извършване на проверка във връзка с сигнал за нередност, регистриран под № 26 от Регистъра за сигнали за нередности по фонд „Вътрешна сигурност” в ИСУН 2020, определен съставът ѝ и е даден срок до 28.07.2022г. да извърши проверка за установяване достоверността на изложените в сигнала за нередност обстоятелства, като представи доклад от проверката, с оглед констатиране на наличие или липса на нередност.

С Докладна записка рег.№ 8121р-15388 от 28.07.2022г. /л.38/, работната група, определена със Заповед № УРИ нт-330 от 21.06.2022г., е представила на Директор на ДМП резултата от проверката въз основа на наличната информация и документация. Установено е, че:

1. В раздел III.3 и раздел III.4 от документацията за участие, както и в раздел VI.3.3 обявление за изменение и допълнителна информация е включено следното изискване: Кандидатът следва да е изпълнил минимум 1 (една) дейност с предмет, идентичен или сходен предмета на поръчката през последните пет години, считано от датата на подаване на офертата. За това изискване е посочено, че е в противоречие с разпоредбата на чл. 158, ал.3 от ЗОП, която постановява, че „В случаите по чл.64, ал.1, т.2 от ЗОП списъкът следва да обхваща последните 5 години от датата на подаване на заявлението“. В допълнение, в раздел III.3 и раздел III.4 от документацията, както и в раздел III.2.3 на обявлението за поръчка е добавен и текста: „Съответствието с минималните изисквания по т. 3.1.1. от този раздел, относно опит в изпълнението на услуги, идентични или сходни с предмета на поръчката, се удостоверява със списък на услугите, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с документи, които доказват извършената услуга, като списъкът следва да обхваща последните 5 години от датата на подаване на заявлението, съгласно чл. 158, ал. 3 във връзка с чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП“.

С оглед гореизложеното е констатирано, че в обявлението и документацията фигурират разнопосочни изисквания относно критерия за подбор по чл.63, ал.1, т.1, б. б) от ЗОП. Предвид разликата в крайните срокове на подаване на заявленията и на офертите е прието, че така поставеното изискване е имало разубеждаващ ефект, намалило е броя на потенциалните кандидати и е ограничило конкуренцията.

В допълнение е посочено, че освен несъответствието, относно поставения срок за изпълнени сходни дейности в обявлението и документацията, възложителят неправилно е посочил в обявлението, че същите следва да са изпълнени „считано от датата на подаване на офертата“. Изискването не кореспондира с установеното правило в разпоредбата на чл. 158, ал. 3 от ЗОП и на чл. 42, пар. 1, буква „а“, подточка

И) на Директива 2009/81/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, а именно с изискването за изпълнени сходни дейности през последните пет години, считано от датата на подаване на заявлението за участие. Така формулирано, изискването кандидатът „да е изпълнил минимум 1 дейност с предмет, идентичен или сходен с предмета на поръчката през последните пет години, считано от датата на подаване на офертата“ е определено като неясно условие, тъй като за потенциалните кандидати не е ясна датата, на която допуснатите кандидати ще могат да подадат оферта. Това е така, защото срокът за подаването на оферта е обусловен от други предходни етапи, чиято продължителност няма как да бъде известна към момента на подаването на заявление за участие. Мотивите на работната група, възприети и от административния орган са, че в настоящия случай възложителят е избрал да проведе ограничена процедура за възлагане на обществената поръчка по чл. 161 от ЗОП. В този случай всяко лице може да подаде заявление за участие, в което трябва да предостави исканата от възложителя информация относно липсата на основания за отстраняване и съответствието му с критериите за подбор. Уточнено е, че този вид процедура има два етапа. На първия етап, от определена от възложителя комисия се разглеждат представените от кандидатите заявления за участие, с които те доказват съответствието си с критериите за подбор. След това възложителят обявява с решение кандидатите, които ще бъдат поканени да представят оферти. При втория етап на процедурата, участниците подават оферти, които подлежат на оценка от назначена от възложителя комисия. В този смисъл поставеното изискване дейността да е изпълнена през последните пет години, считано от датата на подаване на офертата, е счетоно за незаконосъобразно, тъй като съответствието с критериите за подбор на кандидатите се оценява на първия етап от процедурата, преди кандидатите да са поканени да подават оферти и съответно преди да са запознати с момента, в който ще имат възможност да подават оферти. Направен е извод, че предвид въвеждането на неясен срок, в който следва да е изпълнена посочената дейност, се създава неяснота и несигурност за неопределен кръг от потенциални кандидати да подадат заявления, тъй като не могат да преценят дали отговарят на въведеното условие.

Описаното нарушение е определено, че попада в обхвата на т. 11, тире първо от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата 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 от 28.03.2017 г. (Обн. ДВ. бр.27 от 31 Март 2017 г., изм. ДВ. бр.68 от 22 Август 2017 г., изм. ДВ. бр.67 от 23 Август 2019 г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020 г.).

2. В раздел VII „Покана за представяне на оферти. Изисквания към офертите“ от документацията за участие в процедурата (стр.76 от папка прил.1-класьор) е включено изискване „офертата да съдържа“:

- „2.4. Образец на протокол за извършена дейност по гаранционно обслужване“ и
- „2.5. Документ, в който са регламентирани установените правила за обезпечаване на гаранционната отговорност и извършването на гаранционно обслужване“.

Констатирано е, че подобни документи не били представени в офертите по двете обособени позиции. Независимо, че помощният орган на възложителя е обосновал решението си да приеме офертите с довод, че предмет на поръчката е следгаранционна поддръжка, а не гаранционна поддръжка, управляващият орган е

извел извод, че поставянето на неясно условие е имало разубеждаващ ефект, намалило броя на потенциалните кандидати и е ограничило конкуренцията. Прието е, че участникът, избран за изпълнител по двете обособени позиции, е представил оферта, която не съответства на обявените от възложителя условия, доколкото същите са посочени в документацията като приложения към техническото предложение, така стават част от досието на поръчката по силата на чл.121 ал.2 от ЗОП и липсата им в досието затруднява документалната проследимост на десйтвията по нейното възлагане, в нарушение на чл.121 ал.1 от ЗОП. Не са споделени доводите, че офертите са приети поради това, че предметът на поръчката е следгаранционна поддръжка, а не гаранционна поддръжка, тъй като с констатирането на неизпълнено условие, посочено в документацията, помощният орган на възложителя е следвало да предложи участника за отстраняване, на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП, във връзка с т. 4 от раздел IX Избор на изпълнител и сключване на договор. други основания за отстраняване на документацията.

Констатираното нарушение е определено като нередност, представляваща основание на определяне на финансова корекция по т.16 б.е от П..1 към чл.2 ал.1 от Наредбата.

3. Управляващият орган е констатирал, че в сключения по обособена позиция 1 договор № 88/ОП-И/2021 липсват заложените в проекта на договор клаузи за прекратяване от глава „Прекратяване на договора“ (от чл. 45 до чл. 50 включително). Липсата на тези разпоредби в сключения договор № 88/ОП-И/2021 с определения за изпълнител участник, е прието, че изменят съществено договора по смисъла на чл. 116, ал. 5, т. 1 от ЗОП, тъй като въвеждат условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, респ. биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Пропуска е квалифициран като нарушение на чл. 112, ал. 4 от ЗОП, което би могло да е възпряло от участие неограничен кръг икономически оператори, с което се потвърждава и констатацията за нарушение на принципите, заложен в чл.2, ал. 1, т. 1, 2 и т.4 от ЗОП. Нарушението е определено като нередност по т.23 от Приложение 12 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

Нарушения, посочени по-горе по т.1 до т.3, са определени като нередност, доколкото представляват действия на бенефициера, които нарушават принципите, посочени в чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 4 и ал. 2; както и разпоредбата на чл. 107, т. 1; чл. 112, ал. 2, т. 2, във връзка с ал. 1, т. 2 и чл. 112, ал. 4, чл. 158, ал. 3 от ЗОП, и чл. 4 на Директива 2009/81/ЕО на Европейския парламент и на Съвета, и които би могло да имат вредоносен резултат върху бюджета на проекта, респективно за бюджета

на ЕС.

На основание чл.7 от Наредбата, при констатираните два или повече случая на нередност, посочени в приложение №1, е прието, че следва да се определи една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях, а именно в размер на 25 %.

Предвид горното, на основание параграф 1, т. 3 от ДР на Наредбата, чл.3, ал.1, както и т.11, буква „а“, т. 14, т. 16 и т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1, във вр. с чл.7 от Наредбата, е прието, че за установените по-горе нарушения е приложима една финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г. и договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключени между „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД и бенефициера Министерство на външните работи.

Издаденият Акт за нередност е предявен на бенефициера с писмо рег.№ 812100-13158 от 04.08.2022г. /л.31/ като същият е уведомен, че за извършеното нарушение, би могло да бъде наложена финансова корекция, както и способите за определянето ѝ. На бенефициера е дадена възможност в 14-дневен срок от получаване на акта, да представи свои бележки или допълнителни документи, с които да мотивира искане за неналагане на финансова корекция или намаляване на нейния размер. Със свое писмо рег.№ 04-01-2266 от 08.09.2022г. /л.29/ жалбоподателят е представил писмените си възражения, които са обсъдени от ответника в процесното решение и са приети частично за неоснователни.

С оглед на изложеното ответникът по делото - ръководител на Отговорния орган по фонд "Вътрешна сигурност" и директор на дирекция "Международни проекти" - МВР е издал оспорвания административен акт Решение № 8121р-21488/19.10.2022г. /л.9/ за определяне на финансова корекция в размер на 25 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД и финансова корекция в размер на 25 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД.

В решението са обсъдени възраженията на бенефициера и подробно са изложени мотиви както по отношение на възраженията, приети за основателни, така и по отношение на приетите за неоснователни.

По делото са приети като доказателства, представените с административната преписка документи, както и допълнително представените от страните: допълнително споразумение №1

33-00-345/02.11.2022г. към договор №88/ОП-И/21г. /л.19/, Заповед №95-00-428/10.08.2022г. на министър на МВнР /л.24/, Заповед №95-00-513/12.09.2022г. на министър на МВнР /л.25/, Заповед № 8121з-33/07.01.2020г. на министър на МВР за утвърждаване на вътрешни правила за установяване, регистриране, докладване, последващи действия, проследяване и приключване случаите на нередности в процеса на изпълнение на проекти на МВР по фонд „Убежище, миграция и интеграция“ 2014-2020 и ФВС 2014-2020, финансирани от европейския съюз и Програма „Вътрешни работи“ на Норвежкия финансов механизъм 2014-2021 /л.49/, Заповед № 8121к-12211/18.10.2022г. на ВПД Административен секретар на МВР /л.96/, заповед № 95-00-666/22.11.2022г. на министър на външните работи /л.97/, заповед № 8121з-28/11.01.2022г. министър на вътрешните работи /л.106/, Заповед № 8121з-970/04.08.2022г. на министър на вътрешните работи /л.108/, болничен лист № Е20222493889/18.10.2022г. /л.115/

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

Жалбата е допустима, като подадена в срок, от лице с правен интерес и срещу акт, подлежащ на оспорване.

Съдът не споделя доводите на жалбоподателя, че решението е издадено и подписано от неоправомощено длъжностно лице. Съгласно Решение № 657/31.08.2015г. на Министерски съвет на Република България, отговорен орган по Фонд „Убежище, миграция и интеграция“ и по Фонд „Вътрешна сигурност“ е дирекция „Международни проекти“ (Д.) в МВР.

Оспореното решение е подписано „За директор на Д.-МВР и Ръководител на отговорния орган по Фонд „Вътрешна сигурност“ К. И. – съгласно Заповед № 8121к-12211/18.10.2022г. С посочената заповед, издадена от ВПД административен секретар на МВР – Л. Б., е разпоредено за времето от 8.30 часа на 18.12.2022г. до 17.30 часа на 21.10.2022г. М. Б. П. – директор на ДМП-МВР и ръководител на отговорния орган по Фонд „Вътрешна сигурност“, фонд „Убежище, миграция и интеграция“ и представляващ Програмния оператор по програма Вътрешни работи на Норвежкия финансов механизъм да се замества от К. Д. И. – началник отдел „Мониторинг, верификация и плащане“, като същата изпълнява и функциите на ръководител на отговорния орган по Фонд „Вътрешна сигурност“, фонд „Убежище, миграция и интеграция“ и представляващ Програмния оператор по програма Вътрешни работи на Норвежкия финансов механизъм, вкл. и как да се подписва в издадени въз основа на заповедта документи (л.96 от делото). За издаването на заповеди за заместване по чл.84 от ЗДСл, главния секретар на МВР е оправомощена

със Заповед № 8121з-970/04.08.2022г. на министъра на вътрешните работи. Отсъствието на М. Б. П. за периода на заместването ѝ от К. И. е удостоверено с болничен лист за временна нетрудоспособност за периода 18-21.10.2022г. Предвид изложеното съдът намира оспореното решение за издадено от компетентен орган.

Решението е издадено в писмена форма при спазване административнопроизводствените правила.

В хода на извършената проверка по подадения сигнал за нередност, регистриран под № 26 в регистъра за сигнали за нередности на Фонд „Вътрешна сигурност –МВР в ИСУН 2020, след като назначената от директора на ДМП работна група е установила нередност, същата е обективизирана в Акт за установяване на нередност № УРИ 8121р-15766/04.08.2022 г. С посочения Акт за установяване на нередност са констатирани няколко нарушения, като с оглед представеното от бенефициера писмено възражение, с оспореното решение за определяне на финансова корекция са потвърдени нарушенията, описани в т.1, частично в т.2 (относно липсата на документална проследимост) и в т.8 от Акт за установяване на нередност № УРИ 8121р-15766/04.08.2022г., за които нарушения е определена финансова корекция

По отношение на нарушението по т.1, свързано с разнопосочни изисквания относно началната дата на изчисляване на срока в критерия за подбор по чл.63, ал.1, т.1, б. б) от ЗОП в обявлението за изменение и допълнителна информация и в документацията за участие в процедурата: В действителност жалбоподателят не оспорва фактите на допуснатото несъответствие в срока, а поддържа, че осъщественият предварителен контрол и липсата на забележки в тази част е оневиняващо го обстоятелство. Допълва, че и не са постъпили искания за разяснения от потенциалните участници в процедурата, поради което са опровергани констатациите в оспореното решение за неясен срок и неясно условие за участие в процедурата.

Съгласно чл.158 ал.3 от ЗОП В случаите по чл. 64, ал. 1, т. 2 списъкът следва да обхваща последните 5 години от датата на подаване на заявлението. 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.

От обстоятелствената част на оспореното решение се установява, че

изводът за нарушение на чл. 2, ал. 1, във връзка с чл. 158 ал.3 ЗОП и във вр. с т.11 тире първо 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 Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата) е фактически обоснован с констатацията, че за доказване на изискванията по чл.64 ал.1 т.2 от ЗОП са поставени противоречиви изисквания за изчисляване на срока, - в раздел III.3 и раздел III.4 от документацията за участие, както и в раздел VI.3.3 обявление за изменение и допълнителна информация - че дейностите следва да са изпълнени „считано от датата на подаване на офертата“, а в раздел III.3 и раздел III.4 от документацията, както и в раздел III.2.3 на обявлението за поръчка - че списъкът на услугите „следва да обхваща последните 5 години от датата на подаване на заявлението, съгласно чл. 158, ал. 3 във връзка с чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП“.

При това описание на критерия за подбор, съдът споделя изводите в оспореното решение, че се ограничава достъпа на кандидатите или участниците в процедурата, тъй като същите не могат да преценят дали отговарят на посоченото изискване. Посочването на срок, който не е в съответствие със срока по чл.158 ал.3 от ЗОП обосновава извод, че изискванията към участниците са формулирани неясно, което от своя страна, създава предпоставки за двояко тълкуване, за липса на предвидимост по отношение на допустимостта на офертите и следователно и до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Съобразно естеството си, нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т.11 тире 1 от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, за което законосъобразно е определена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД и 10 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД.

По отношение на нарушението на чл.121 ал.1 от ЗОП - недостатъчна документална проследимост за възлагане на обществената поръчка, квалифицирано като нередност, представляваща основание на определяне на финансова корекция по т.16 б.а от П.1 към чл.2 ал.1 от Наредбата.

Съгласно чл.121 ал.1 от ЗОП възложителите създават и поддържат досие

за всяка обществена поръчка с цел осигуряване на документална проследимост (одитна пътека) по отношение на всички свои действия и решения, както и на действията на комисиите за възлагане на обществени поръчки, независимо дали поръчките се възлагат с електронни средства. В алинея 2 на същата норма е посочено съдържанието на досието - то съдържа всички решения, обявления, документацията и други допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 - 5, описание на причините, поради които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол - и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки.

В тази му част съдът намира че оспореното решение е в несъответствие с материалния закон.

Административният орган неправилно е квалифицирал твърдяното нарушение по т. 16, б. а) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Предвидената корекция от 25 на сто е за следното нарушение: "Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка", като в описанието на нередността по б. а) е посочено, че "Изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност".

В тази връзка, за да осигури документална проследимост (одитна пътека) на възложената обществена поръчка, съгласно чл. 121, ал. 1 и ал. 2 ЗОП, законодателят е задължил възложителите да създадат и да поддържат досие за всяка обществена поръчка по отношение на всички свои действия и решения, както и на действията на комисиите за възлагане на обществени поръчки, независимо дали поръчките се възлагат с електронни средства, в което следва да се съдържат и документите, представени от определения за изпълнител участник преди сключването на договора. Наличието на всички тези документи в досието на обществената поръчка дава на всяко заинтересовано лице информация за условията, при които е възложена съответната поръчка и разумна увереност, че възлагането на поръчката е осъществено при спазване на принципа на публичност и прозрачност, регламентиран в чл. 2, ал. 1, т. 4 ЗОП. И обратно, липсата в досието на поръчката на нормативно установените документи, представляващи предпоставка за сключването на договора за обществена поръчка, не би могло да обоснове възлагането

на поръчката, което от своя страна води до липса на прозрачност при нейното възлагане и в частност при сключването на договора с избрания за изпълнител. Визираните нормативно установени документи са тези по чл. 112, ал. 1 ЗОП.

В случая не се касае за липса в досието на поръчката на нормативно установени документи, представляващи предпоставка за сключването на договора за обществена поръчка и обосноваващи възлагането на поръчката. Няма как досието на обществената поръчка да съдържа документи, които не са представени, защото не са относими към поръчката. Това от своя страна води до извода, че не е налице липса на прозрачност при нейното възлагане, респ. до недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка. Факта, че описаните документи фигурират в документацията на обществената поръчка, не ги прави част от нормативно установените документи по чл.112 ал.1 от ЗОП.

Оспореното решение в тази му част е незаконосъобразно и следва да бъде отменено.

По отношение на нарушението на чл. 112 ал.4 от ЗОП, свързано с липсата в сключения договор по обособена позиция 1 (ОП 1) - Договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021г. сключен между Министерство на външните работи и 4АЙ БИ ЕС БЪЛГАРИЯ" ЕООД, на заложените в проекта на договор от документацията за участие клаузи за прекратяване на договора – чл.45 до чл.50 вкл., с което е нарушен чл.112 ал.4 от ЗОП, тъй като въвеждат условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, респ. биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, квалифицирано като нередност по т.23 от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата.

Съгласно чл.112 ал.4 от ЗОП договърът трябва да съответства на проекта на договор, приложен в документацията, допълнен с всички предложения от офертата на участника, въз основа на които последният е определен за изпълнител на поръчката. Промени в проекта на договор се допускат по изключение, когато е изпълнено условието по чл. 116, ал. 1, т. 7 и са наложени от обстоятелства, настъпили по време или след провеждане на процедурата.

Точка 23 от Приложение 1 към Наредбата съдържа описание на нередността в две букви – б.а и б.б. В оспореното решение, както и в Акта за установяване на нередност, към който препраща същото, нередността е

определена само по т.23 - Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка.

В т. 23 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата са визирани случаите на нередности, свързани с изпълнението на сключените договори. По-конкретно т. 23, б. "а" обхваща изменения на договора за обществена поръчка, които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 от ЗОП. Посочено е, че съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

Анализът на посочената разпоредба показва, че за съществено се счита изменението, което прави изпълнения договор съществено различен от първоначално предвидения, както и всяко изменение, което се обхваща от хипотезите на чл. 116, ал. 5 ЗОП. По аргумент за противното, изменение на договора, което не води до съществено различие между изменения и първоначално сключения договор, и не попада сред посочените в чл. 116, ал. 5 случаи, не съставлява нередност и за него не следва да се налага финансова корекция, дори да е нарушен чл. 116, ал. 1 ЗОП.

Съгласно чл. 116, ал. 1, т. 1 от ЗОП договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни, когато промените са предвидени в документацията за обществената поръчка и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи, включително такива за изменение на цената или опции; обхватът и естеството на възможните изменения или опции, както и условията, при които те могат да се използват, не трябва да води до промяна в предмета на поръчката или на рамковото споразумение. Съгласно, ал. 5, т. 2 от същата разпоредба изменението на договор за обществена поръчка се смята за съществено, когато въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, или ако изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

В случая се касае за сключен договор по ОП 1 - Договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021г., в който липсват клаузите на чл.45 до 50 вкл. от проекта на договор в документацията или целия раздел

„Прекратяване на договора“. Вярно е, че така сключения договор формално не съответства на проекта на договор, приложен в документацията, но разпоредбата допуска промени в проекта на договор по изключение, когато е изпълнено условието по чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП и са наложени от обстоятелства, настъпили по време или след провеждане на процедурата. В настоящата хипотеза повече от очевидно е, че се касае за технически пропуск, като в тази връзка съдът намира следното.

Забраната за изменение на действащ договор за възлагане на обществена поръчка е относно изменение, което променя съществено характера на договора. Тази същност на забраната е изрично посочена в практиката на Съда на Европейския съюз - решение от 19 юни 2008 г., [presstext, C-454/06, EU:C:2008:351](#), т. 34, където Съдът сочи, че "С оглед на осигуряването на прозрачност на процедурите и равно третиране на оферентите измененията в клаузите на обществената поръчка, направени през периода на действие на последната, представляват ново възлагане на обществената поръчка по смисъла на [Директива 92/50](#), когато имат съществено различни характеристики от тези на първоначалната обществена поръчка и следователно могат да изразяват волята на страните да договарят отново съществените условия на тази обществена поръчка" ([Директива 92/50](#) е отменена с [Директива 2004/18/ЕО](#) на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки, която е отменена с [Директива 2014/24](#), но е налице идентичност на относимите разпоредби). В тази връзка, въведените хипотези на изменение на договора за обществена поръчка по чл.116 ал.5 т.1 до т.4 от ЗОП, не се явяват отделни от условието за съществена промяна на характера на договора, а представляват възможни хипотези на такава съществена промяна.

В оспореното решение не е аргументирана хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 7 ЗОП, нито са изложени конкретни факти, въз основа на които да се направи извод, че съответното условие не е налице. Поради това съдът намира за необоснован извода на административния орган, че чрез липсващите клаузи за прекратяване на договора за ОП 1, които са включени в подписаното Допълнително споразумение № 1 33-00-345/02.11.2022г. към договора, на първо място се изменя съществено договора по чл.116 ал.5 т.1 от ЗОП и на следващо - се въвеждат условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници, биха позволили допускането на други участници, различни от

първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата. Тези твърдения на органа не са подкрепени с достатъчно убедителни аргументи и факти и представляват само съждения.

В решението на административния орган не е обосновано и не става ясно как с клаузите при които може да се прекрати договора за ОП 1, биха привлекли към участие допълнителни участници, биха позволили допускането на други участници, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата

По изложените съображения не е налице твърдяното от органа нарушение на чл.112 ал.4 от ЗОП във вр. с чл.2 ал.1 т.1,т.2 и т.4 от ЗОП, което да представлява нередност по т.23 от П..1 на Наредбата, при което е налице и несъответствие на решението на органа в тази му част с материалния закон.

Никакви ползи, за които другите участници да не са били предварително известени, не създава на изпълнителя липсата на клаузи за прекратяване на договора, при наличието на текста на чл.61 от договора за ОП 1, даващ възможност за прекратяване на договора “съобразно разпоредбите на действащото българско законодателство.“.

При посочените по-горе констатации на съда за липса на нередности по т.16 б.а и по т.23 от Приложение 1 , оспореното решение следва да бъде изменено, като се определи финансова корекция за нарушението по т.11 тире първо б.а от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата в размер на 10 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД и финансова корекция в размер на 10 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД.

При този изход на спора съдът намира че следва да присъди претендираното от жалбоподателя юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв., доколкото в производството не се претендират други разноси.

Водим от горното, Административен съд - София град, Трето отделение, 66 състав,

Р Е Ш И:

ИЗМЕНЯ Решение за определяне на финансова корекция №

УРИ-8121р-21488/19.10.2022 г. на директора на дирекция „Международни проекти“- Министерство на вътрешните работи и Ръководител на отговорния орган по фонд „Вътрешна сигурност“, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД и финансова корекция в размер на 25 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД,

като намалява размера на финансовата корекция на 10 на сто стойността на допустимите разходи по договор № 88/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД и на 10 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № 89/ОП-И/2021 от 08.10.2021 г., сключен между Министерство на външните работи и „АИ БИ ЕС - БЪЛГАРИЯ“ ЕООД.

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на външните работи в останалата ѝ част като неоснователна.

ОСЪЖДА Министерство на вътрешните работи да заплати на Министерство на външните работи юридиконсултско възнаграждение в размер на 100 лв..

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено.

СЪДИЯ: