

РЕШЕНИЕ

№ 4213

гр. София, 23.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 24.03.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **9583** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на Министерство на образованието и науката срещу Решение № 02-266/31.08.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“, с което е определена финансова корекция в размер на 10 % от размера на предоставената финансова помощ от ЕСИФ по Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма] на стойност 3 505 098 лв. без ДДС и 4 206 117,06 лв. с ДДС, сключен в резултат на рамково споразумение № Д01-156/31.07.2019 г. по обособена позиция № 3 с изпълнители [фирма] и [фирма] за целите на проект № BG05M2D3001-2.012-0001 „Образование за утрешния ден“, а именно 420 611,76 лв. по Договор № Д03-13/29.04.2021 г. с изпълнител [фирма].

В жалбата е посочено, че оспореното решение е незаконосъобразно и издадено при допуснати съществени процесуални нарушения. Моли се то да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. Й., който поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски – държавна такса.

Ответникът – Ръководителят на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“ – в съдебно заседание се представлява от юрк. С., който оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Сключен е административен договор за безвъзмездна финансова помощ №

BG05M2OP001-2.012-0001 „Образование за утрешния ден“ с бенефициент Министерството на образованието и науката. Министерството на образованието и науката, в качеството му на възложител, на основание чл. 82 от ЗОП е сключило договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма], възложен по обособена позиция № 3 „Доставка, монтаж, пускане в експлоатация и гаранционен сервиз на следните продукти: допълнителни дискови шасита и потрове, разширяване на капацитета за съхранение и надграждане на съществуващата платформа за управление на наличните масиви за съхранение на данни; разширение и окомплектоване на налична система за архивиране – допълнителни функционалности на платформа за управление на бекъп и архивиране, допълнителен модел за архивиране и допълнителни дискови шасита за системите за архивиране“ по рамково споразумение № Д01-156/31.07.2019 г., сключено след провеждане на открита процедура с предмет „доставка и гаранционен сервиз на мултимедийни системи, системи за контрол на достъпа, ъпгрейд на съществуващата инфраструктура и лицензи за облачни конзоли за нуждите на Министерството на образованието и науката и изпълняваните от него политики и проекти“ по 4 обособени позиции, открита на 28.02.2019 г. с индивидуален номер 00165-2019-0006 то Р. и приключила по обособена позиция № 3 с рамково споразумение № Д01-156/31.07.2019 г.

Извършен е последващ контрол на Договор № Д03-13/29.04.2021 г.

Констатирано е, че са налице ограничителни изисквания в техническата спецификация, за актив № 1 „Допълнително дисково шаси – ТИП 1“, за актив № 2 „допълнително дисково шаси – ТИП 2“ и за актив № 3 „допълнително дисково шаси – ТИП 3“ по параметър № 2, възложителят е заложил следното минимално техническо изискване: изискваното дисково шаси и дисковете за него трябва да са от поризводителя на съществуващите модели дискови масиви FUJITSU ETERNUS DX600 S3/S4; изискваното дисково шаси и дисковете за него трябва да са напълно съвместими и предназначени за надграждане на съществуващи модели дискови масиви FUJITSU ETERNUS DX600 S3/S4.

Прието е, че е налице нарушение на чл. 49, ал. 2 от ЗОП и нередност по т. 11 б. „б“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/. На основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ е определена финансова корекция в размер на 5 % от предоставената финансова помощ от ЕСИФ по договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма].

Констатирано е, че са налице ограничителни критерии за подбор по обособена позиция № 3:

1. Участниците по обособена позиция № 3 трябва да разполагат с персонал с определена професионална компетентност, както следва: двама сервизни инженери, сертифицирани от производителя, за инсталация и поддръжка на доставеното оборудване. Сертификатът трябва да е валиден за инсталация, конфигурация, надграждане, отстраняване на проблеми и обновяване на фирмуерните ревизии“, като при попълване на раздел В на част IV „Критерии за подбор“ в поле „Образователна и професионална квалификация“ от ЕЕДОП, участниците по обособена позиция № 3 трябва да опишат обстоятелствата по т. 3, като посочат данни за сертификата от производителя за инсталацията и поддръжката на доставеното оборудване.

Прието е, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и

ал. 2 от ЗОП и нередност по т. 11 б. „б“ от Наредбата, за която следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5 % от предоставената финансова помощ от ЕСИФ по договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма].

2. Участниците по обособена позиция № 3 трябва да разполагат с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката, както следва: участниците /ако не са производители на предлаганата техника/ следва да разполагат с най-малко 1 сервиз на територията на [населено място], като това обстоятелство е декларира в ЕЕДОП, където в раздел В на част IV „Критерии за подбор“ в поле „Инструменти, съоръжения или техническо оборудване“ участниците трябва да опишат сервизите, с които разполагат с посочване на точния адрес, основанието за ползване на всеки от сервизите, както и да посочат индивидуализиращи данни /номер, дата, издател/ на писмото от производителя, потвърждаващо, че съответните сервизи са оторизирани за извършване на дейности по сервиз на предлаганите артикули.

Прието е, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП и нередност по т. 10 б. „б“ от Наредбата, за която следва да бъде определена финансова корекция в размер на 10 % от предоставената финансова помощ от ЕСИФ по договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма].

За резултатите от проверката Министерството на образованието и науката е уведомено с Писмо № 02-266/12.08.2021 г., като на същото е дадено възможност за направи възражения по констатираните нередности.

Издадено е Решение № 02-266/31.08.2021 г. на ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“, с което е определена финансова корекция в размер на 10 % от размера на предоставената финансова помощ от ЕСИФ по Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма] на стойност 3 505 098 лв. без ДДС и 4 206 117,06 лв. с ДДС, в размер на 420 611,76 лв.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи: Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Оспореното решение на ръководителя на УО на ОП НОИР 2014-2020, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ 2014-2020 г. за налагане на финансова корекция на СУ е издадено от материално компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с решение на управляващия орган, одобрил проекта. В случая проектът във връзка с който е и проведена обсъжданата обществена поръчка, е одобрен от ръководителя на УО на ОП „НОИР“ 2014 – 2020 г. Според чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, а съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕСИФ ръководител на УО е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира УО, или оправомощено от него лице. Съгласно Глава втора от „Устройствения правилник на ИА ОП „НОИР“ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности, съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съгласно Глава трета, Раздел II от правилника Изпълнителният директор на агенцията е и Ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР".

Решението е издадено в изискуемата по чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ писмена форма. В него се съдържат фактически и правни основания, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Разгледани са и са подложени на преценка възраженията на жалбоподателя, във връзка с установените нарушения. Посочени са фактически и правни съображения за налагането на финансова корекция за посочените нередности и нейния размер. Спазени са регламентирани в ЗУСЕСИФ специални правила за провеждане на процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. В съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансова корекция Ръководителят на УО на ОП „НОИР“ е запознал бенефициента Министерство на образованието и науката с констатациите си и му е предоставил възможност за писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година 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. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият 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. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия, включително и техническите спецификации на стоката/услугата, която се доставя като предмет на обществената поръчка. Законодателят в чл. 49 от ЗОП е предвидил, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците и да не създават

необосновани пречки пред възлагането на обществена поръчка в условията на конкуренция. Техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лице или някои продукти. Според, ал. 2, по изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал. 1 от ЗОП, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите "или еквивалентно/и".

Видно от техническата спецификация, за актив № 1 „Допълнително дисково шаси – ТИП 1“, за актив № 2 „допълнително дисково шаси – ТИП 2“ и за актив № 3 „допълнително дисково шаси – ТИП 3“ по параметър № 2, възложителят е заложил минимално техническо изискване изискваното дисково шаси и дисковете за него да са от производителя на съществуващите модели дискови масиви FUJITSU ETERNUS DX600 S3/S4; изискваното дисково шаси и дисковете за него трябва да са напълно съвместими и предназначени за надграждане на съществуващи модели дискови масиви FUJITSU ETERNUS DX600 S3/S4.

Съдът приема, че нарушението на чл. 49, ал. 2, изр. второ от ЗОП е безспорно установено и то представлява нередност по смисъла на т. 11 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата нарушението, за което се определя финансова корекция, е "използване на технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците". Посочването на конкретна марка ограничава кръга на потенциалните участници. В този смисъл, ограничаването е необосновано, тъй като възложителят е конкретизирал марка, без оглед на техническите характеристики и специфика на продуктите, каквито биха могли да притежават и аналогични продукти на друга търговска марка или производител.

Настоящият съдебен състав не споделя възражението на жалбоподателя, затова че техническите спецификации са осигурили равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка в условията на конкуренция в съответствие с изискването на чл. 49, ал. 1 и, ал. 2 от ЗОП. С предвидените в документацията технически характеристики и параметри следва да се въвеждат минимални изисквания към обекта на обществената поръчка, като в съответствие с разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. Същото обаче не следва да противоречи на разпоредбата на чл. 49, ал. 2 от ЗОП - техническите спецификации не могат да съдържат и търговски марки, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване ти елиминиране на определени лица или някои продукти. В съответствие с разпоредбата на чл. 49, ал. 2, изречение второ от ЗОП, а именно, по изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал. 1 се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите "или еквивалентно/и" жалбоподателят е следвало да добави думите "или еквивалентно/и", а такова добавяне при посочване на позициите в техническата спецификация по обособена позиция № 3 на поръчката не е направено за конкретно описаните в административния акт марки на продуктите. В Техническата спецификация по обособена позиция № 3 на обществената поръчка не са определени характеристики, капацитет или параметри на техническото оборудване, а точно определена марка техническо оборудване. Не са изложени мотиви по

отношение на необходимост от точно тази марка техническо оборудване и не е дадена възможност за посочване на еквивалент на техническото оборудване, отговарящ на предмета на обществената поръчка.

Включването на конкретни модели и производители в техническите спецификации е нарушение на българското законодателство, тъй като може да доведе до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или стоки. Констатираното е в нарушение на изискванията на чл. 49, ал. 2 от ЗОП, при което потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

В настоящия случай, нарушаването на принципа на конкуренцията е проявено чрез залагането на дискриминационни технически спецификации, което е ограничило достъпа на участниците до конкретната процедура, нарушавайки принципа на свободната конкуренция. Ако бенефициентът бе спазил изискването на закона и бе добавил на думите "или еквиваленто/и" би могло оферти да подадат и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Ограничението на конкуренцията в случая се осъществява обективно чрез стесняване кръга на потенциалните оференти.

Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, т.е. води до необосновано ограничаване на конкуренцията. Предвид гореизложеното съдът намира, че са нарушени принципите на свободна конкуренция и равен достъп, което води до ограничаване на потенциалните участници или кандидати.

Съгласно чл. 59, ал. 2 изр.първо и второ ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, 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. Изискването кореспондира със забраната, предвидена в 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 стопанските субекти в обществени поръчки и които не са свързани с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на поръчката. Въвеждането на тези принципи цели предоставяне на еднакви условия за достъп и участие, както и равностойно третиране на кандидатите и участниците в тях. Възложителят може да определя по отношение на кандидатите /участниците критерии за подбор, които се отнасят до техническите и професионалните им способности /чл. 59, ал. 1 т. 3/, вкл. критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с човешки ресурс, така и необходимия брой технически лица за изпълнение на поръчката /чл. 63, ал. 1, т. 2/. По принцип правомощието на възложителя да постави изисквания към персонала на изпълнителя се упражнява в условията на оперативна самостоятелност, но пределите на тази оперативна самостоятелност са очертани в чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП - изискванията да бъдат съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката и да поставят участниците при равни условия, без да ограничават възможностите им за участие. В този контекст неправомерно би

било това изискване, което е непропорционално спрямо предмета на поръчката и което води или до неравнопоставеност или до неоправдано ограничение на потенциалните участници.

Нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Наредбата, като правилно е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключения Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма].

Съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП, възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, 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. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Видно от т. III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението за обществена поръчка, възложителят е заложил изискване за подбор по обособена позиция № 3 участниците следва да разполагат с най-малко двама сервизни инженери, сертифицирани от производителя, за инсталация и поддръжка на доставеното оборудване.

Съдът приема, че това представлява нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, тъй като не е съобразено с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Изискването инженерите, с които кандидатът разполага да бъдат сертифицирани единствено от производителя ограничава необосновано кръга на потенциалните участници в обществената поръчка, тъй като лишава от възможност за участие потенциални кандидати, разполагащи с необходимите специалисти, които са сертифицирани от оторизирани от производителя лица. Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11 б „б“ от Наредбата, за което правилно е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на сключения договор Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма].

Нарушение на разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП представлява и изискването участниците по обособена позиция № 3 да разполагат с най-малко 1 сервиз на територията на [населено място]. В това изискване необосновано се ограничава кръгът на потенциалните участници само до тези, които към момента на подаване на кандидатстването разполагат с поне един сервиз на територията на [населено място]. Изискването не е съобразено с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Няма преча участници, които не разполагат с такъв сервиз към момента на кандидатстване да осигурят такъв по-късно.

Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 10 от Наредбата, за което правилно е определена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на сключения Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма].

При определянето на финансовата корекция с процесното решение е спазена нормата на чл. 5, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, поред която размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на

финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи.

Съгласно чл. 7 от Наредбата, при констатирани два или повече случаи на нередност, посочени в приложение № 1, съответно приложение № 1а, се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. В случая, правилно е определен размер на финансовата корекция от 10 % от стойността на сключения Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма] в размер на 420 611,76 лв.

С оглед изложеното оспореното решение е правилно и законосъобразно, а подадената жалба следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора на ответника се дължат разноски, но такива не са заявени, поради което съдът не дължи произнасяне.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 36 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на образованието и науката срещу Решение№ 02-266/31.08.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“, с което е определена финансова корекция в размер на 10 % от размера на предоставената финансова помощ от ЕСИФ по Договор № Д03-13/29.04.2021 г. със [фирма] на стойност 3 505 098 лв. без ДДС и 4 206 117,06 лв. с ДДС, сключен в резултат на рамково споразумение № Д01-156/31.07.2019 г. по обособена позиция № 3 с изпълнители [фирма] и [фирма] за целите на проект № BG05M2D3001-2.012-0001 „Образование за утрешния ден“, а именно 420 611,76 лв. по Договор № Д03-13/29.04.2021 г. с изпълнител [фирма].

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: