

РЕШЕНИЕ

№ 7610

гр. София, 16.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,
в публично заседание на 14.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Анета Юргакиева

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **5033** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Министерство на образованието и науката /МОН/ срещу Решение № 02-75/28.04.2021г., издадено от ръководителя на Управляващия орган (УО) Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ИА НОИР), с което на МОН е наложена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на допустимите разходи, поискани за възстановяване, по сключения договор № Д03 -28/29.07.2020г. с изпълнител ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. .

Жалбоподателят оспорва решението на ръководителя на УО на НОИР като незаконосъобразно поради противоречие с материалноправните разпоредби и необосновано, като поддържа, че административният орган погрешно е подвел установените факти под хипотезата на нормите, съдържащи се в чл. 2, ал.2, във връзка с чл.61, ал.1,т.1 и чл.59, ал.2 от ЗОП. Излагат се доводи, че разпоредбата на чл.61, ал.2 от ЗОП прави разлика между понятията „общ оборот“ и „оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката" и допуска възложителят да определи размера на изискумия реализиран минимален специфичен оборот, когато той не надвишава нормативно определения максимален размер на общия оборот. Поддържа се, че въведеното изискване за минимален специфичен оборот като критерий за подбор е в съответствие с чл.59, ал.2 ЗОП и е обосновано, тъй като е пряко обвързано с качествено

изпълнение на поръчката. Възражава се и срещу извода на ръководителя на УО на ОП НОИР, че е налице недостатъчна документална проследимост и че е извършена нередност по т.16 , буква „а“ от Приложение № 1 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 за посочване на нередности, Наредбата). Жалбоподателят оспорва твърдението на административния орган за нарушения на чл.121, ал.1 от ЗОП и чл.98, ал.1, т.7 от ППЗОП, във връзка с което излага съображения. Иска се отмяна на решението и присъждане на направените разноси. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. Й., която поддържа жалбата и моли за отмяна процесното решение.

Ответникът – изпълнителният директор на ИА НОИР в качеството на ръководител на УО по ОП НОИР, чрез процесуален представител юрк. Б., оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Подробни доводи са изложени и в писмени бележки. Моли жалбата да бъде оставена без уважение и претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

Министерството на образованието и науката /МОН/ е бенефициер по договор за безвъзмездна финансова помощ проект ВОО5М20Р001-2.005-001 „Поддържане и усъвършенстване на разработената рейтингова система на висшите училища - Фаза 1”, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г.

МОН е провело открита процедура за сключване на рамково споразумение с предмет: „Изработка и доставка на рекламно-информационни материали и сувенири, свързани с осигуряване на информираност, публичност и визуализация при изпълнението на функциите на МОН, проекти и програми“, въз основа на която е сключен договор № Д01-75/25.02.2020 г. с изпълнител ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. на стойност 1 088 970 лева без ДДС.

При извършена проверка на пакет отчетни документи № 8 от 15.10.2020г. са констатирани следните нарушения при провеждане на процедурата:

I. Използване на критерий за подбор за изпълнение на поръчката, който дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на лица в процедурата:

Видно от обявлението за обществена поръчка, раздел III. 1.2) Икономическо и финансово състояние, възложителят е поставил критерий за подбор по отношение на минималния оборот на участниците в сферата, попадаща в обхвата на поръчката: „Участниците следва да са реализирали минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, общо за последните три приключили финансови години /2016 г., 2017 г. и 2018 г./, в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността си, в размер на не по-малко от 2 000 000 /два милиона/ лева без ДДС. Забележка: Под оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, се разбира оборот от дейности, свързани с изработване и доставка на рекламно-информационни материали и сувенири.“ Определената обща прогнозна стойност на рамковото споразумение 1 088 970 лв. без ДДС.

Ръководителят на УО е посочил, че законът допуска възложителят да определя размера на изискуемия реализиран минимален общ и специфичен оборот, като

последният не следва да надвишава нормативно определения размер на минималния общ оборот, уреден в чл. 61, ал. 2 ЗОП. В случая, предвиденият минимален специфичен оборот от 2 000 000 лв. е в размер малко под максималния установен за минималния общ оборот, който с оглед на прогнозната стойност на поръчката (1 088 970 лв.) възлиза на 2 177 940 лв. В конкретната хипотеза възложителят е поставил изискване за размер на специфичен оборот, представляващ 1,84 от размера на прогнозната стойност на поръчката. Според УО, макар и да е под максимално установения по силата на чл. 61, ал. 2 ЗОП общ размер, размерът на специфичния оборот трябва да бъде съобразен с чл. 59, ал. 2 ЗОП, като определянето му в размер над стойността на поръчката следва да бъде изрично мотивирано. В обявлението и в документацията за участие не са изложени конкретни мотиви за избрания размер на изисквания специфичен оборот. Техническите възможности и опита на кандидатите, възможността им да изпълнят поръчката не се доказват със стойността на изпълнени договори като оборот. Това не обосновава качествено изпълнение на дейностите от предмета на поръчката. В тази връзка в обявлението и документацията за участие по отношение „Годността за упражняване на професионалната дейност“ и „Техническите и професионални възможности“ възложителят е поставил условия, обосноваващи наличието на необходимия капацитет, възможности и опит за изпълнение на изработване и доставка на рекламно-информационни материали и сувенири. Изпълнението на предмета на поръчката е обезпечено с поставените изисквания в обявлението, раздел III. 1.3) Технически и професионални възможности и в документацията за участие (стр. 28-31) към потенциалните участници: 1. През последните три години, считано от датата на подаване на офертата, участникът трябва да е изпълнил минимум две дейности с предмет, идентични или сходни с тези на поръчката. 2. Участникът следва да има на разположение за срока на изпълнение на рамковото споразумение екип от ключови експерти - ръководител, експерт дизайн и изработка /два броя/ и специалист предпечат, притежаващи необходимата професионална квалификация и опит, съответстващи на спецификата на поръчката, пряко ангажирани за изпълнението на услугата. 3. Участникът следва да разполага с техника, позволяваща извършването на следните операции: печат, широкоформатен печат, рязане, ситопечат, тампонен печат, трансферен печат, щанцоване, лак и ламинат, топъл печат, биговане, лепене. 4. Участникът следва да притежава валиден сертификат за внедрена система за управление на качеството в областта на предмета на настоящата обществена поръчка, съгласно стандарта ЕК 180 9001:2015, или еквивалентен, или други доказателства за еквивалентни мерки за осигуряване на качеството.

Така поставеният критерий за подбор дава необосновано предимство на участници, които притежават минимален специфичен оборот от 2 000 000 лв. общо за последните три приключили финансови години, съответно необосновано ограничава кръга от потенциални участници, които нямат такъв минимален специфичен оборот общо за последните три приключили финансови години, но могат да изпълнят предмета на поръчката, тъй като имат техническите възможности и опита. Така формулираният критерий за подбор ограничава достъпа на кандидати до конкретната процедура, тъй като дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на стопански субекти в поръчката, което го отличава и със своя дискриминационен характер. Според УО изискуемият минимален специфичен оборот е немотивирано завишен и не е съответен на стойността на поръчката, като със заложеното изискване

се ограничава конкуренцията, чрез включване на условия/изисквания, с които се дава необосновано предимство, респ. необосновано се ограничава участието на лица, които нямат изискуемия от възложителя специализиран оборот в процедурата, но имат капацитета да изпълнят поръчката, което е в противоречие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. Според УО установеното изискването, поставено като критерий за подбор, е в нарушение на чл. 2, ал.2, във вр. с чл. 61, ал.1, т.1 и чл. 59, ал.2 от ЗОП. Прето е, че установеното нарушение на чл. 2, ал.2, във вр. с чл. 61, ал.1, т.1 и чл. 59, ал.2 от ЗОП представлява нередност по т. 11, буква „б“ „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности - възложителят е определил критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален и местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

II. При сключване на договора не са поискани и не са представени документи по чл. 58 от ЗОП, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, за третото лице, предоставящо ресурси на избория за изпълнител участник.

Участникът, избран за изпълнител - ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д., е декларирал в ЕЕДОП, че ще използва капацитета на други субекти, за да изпълни критериите за подбор, и е декларирал оборудване, предоставено от [фирма] - трето лице.

Като част от офертата си участникът ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. е представил за [фирма] ЕЕДОП, подписан от А. В. (управител), който съдържа съответната информация по чл. 67, ал. 1 от ЗОП, изискана от възложителя. Видно от ЕЕДОП на [фирма], то предоставя на ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. следното подробно описано техническо оборудване за изпълнение на договора: Офсетова печатарска машина; щанц машина; машина със сушилня; Машина ДМА; Машина за поставяне на преге; Книговезка машина; Машина за шиене; Бутална щанца; Сгъвачна машина; Влагачно шевна машина; Дигитален принтер за пълноцветен печат; Дигитален принтер за пълноцветен висококачествен печат върху сувенири; дигитален, широкоформатен принтер с еко-солвентни мастила; Принтер за текстил; Принтер за сублимация; Лазер за гравирание и рязане; Преси за термотрансфер; Преса за огъване па пластмаса; Пълен набор от машини и техника за ситопечат; тампонен печат. Според представените от ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. при подписване на договора „Декларация за техническото оборудване по предмета на поръчката“ и договор за наем между [фирма] и Т. О. - участник в ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д., това техническо оборудване се предоставя под наем.

С така предоставения ресурс участникът ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. е доказал съответствието си с поставения от възложителя в обявлението критерий за подбор: „3. Участникът следва да разполага с техника, позволяваща извършването на следните операции: печат, широкоформатен печат, рязане, ситопечат, тампонен печат, трансферен печат, щанцоване, лак и ламипат, топъл печат, биговане, лепене (термо лепене, лепене за твърда подвързия), перфорация, книговез, шиене, сгъване,

вакуумиране, ВШМ, дизайн и предпечат“.

УО е констатирал, че възложителят не е поискал и съответно не са представени при подписване на договора от третото лице [фирма] документи за доказване на липсата на основания за отстраняване съгласно чл. 58, ал. 1, т.1-3 от ЗОП: за обстоятелствата по чл. 54, ал. 1, т. 1 - свидетелство за съдимост; за обстоятелството по чл. 54, ал. 1, т. 3 - удостоверение от органите по приходите и удостоверение от общината по седалището на възложителя и на кандидата или участника; за обстоятелството по чл. 54, ал. 1, т. 6 и по чл. 56, ал. 1, т. 4 - удостоверение от органите на Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда“. Няма данни да е извършена служебна проверка относно липсата или наличието на гореизброените обстоятелства.

УО е посочил, че сключването на договор въпреки липсата на документи по чл. 58, ал. 1, т.1-3 от ЗОП, с които третото лице доказва, че за него не са налице обстоятелствата за задължително отстраняване по чл. 54 от ЗОП, опорочава законосъобразността на възлагане на поръчката на участника ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д.. Посочено е, че нарушението е сериозно, тъй като действията на възложителя по сключване на договора с определения изпълнител, свързани с преценката му дали са налице документите - предпоставка за сключване на договор за обществена поръчка, не са достояние на останалите участници в процедурата по смисъла на чл. 196 от ЗОП и не са обект на обжалване (каквито са: решението на възложителя за възлагане на обществената поръчка, решението на възложителя за отхвърляне на подизпълнител, както и действия или бездействия на възложителя, с които се възпрепятства достъпът или участието на лица в процедурата). Изложено е, че за да осигури документална проследимост (одитна пътека) на възложената обществена поръчка, съгласно чл. 121, ал. 1 от 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. Освен посочените в ал. 2 на цитираната разпоредба документи, в досието за обществената поръчка следва да се съдържат и документите, посочени в чл. 98, ал. 1 от ППЗОП, сред които в чл. 98, ал. 1, т. 7 от ППЗОП (в приложимата му към разглеждана процедура редакция) изрично е указано, че досието включва и документите, представени от определения за изпълнител участник преди сключването на договора, а видно от чл. 112а, ал.1, която препраща към част от общите правила за сключване на договор по чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, те включват и документите, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и за съответствието с поставените критерии за третото лице. Ръководителят на УО изтъква, че наличието на всички тези документни в досието на обществената поръчка дава на всяко заинтересовано лице информация за условията, при които е възложена съответната обществена поръчка и разумна увереност, че възлагането на поръчката е осъществено при спазване на принципа на публичност и прозрачност. Направена е констатация за извършено нарушение на чл. 121, ал. 1 от ЗОП и чл. 98, ал. 1, т. 7 от ППЗОП във връзка с чл. 112, ал. 1, т. 2 и чл. 58, ал. 1, т.1-3 всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 4 от ЗОП, като е посочено, че е налице недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) - изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност. Според проверяващите, нарушението съставлява нередност по т. 16 „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка“

от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 за посочване на нередности, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 или 100 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор.

С оглед резултатите от проверката и констатациите за извършени нарушения ръководителят на УО е стартирал чрез ИСУН 2020 процедура за определяне на финансови корекции, като с кореспонденция рег. № В005М20Р001-2.005-0001-С07-М083/08.03.2021 г. е дал възможност на бенефициера да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция. Бенефициентът е депозирал възражение срещу направените констатации, прието за неоснователно.

На 28.04.2021г. И. П. - изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и ръководител на УО на ОП НОИР издал процесното Решение № 02-75, с което е определил финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия договор № Д03-28/29.07.2020 г. с изпълнител ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. на стойност 15 370,00 лева без ДДС., съответно 18 444,00 лв. с ДДС, сключен в резултат на рамково споразумение № Д01- 75/25.02.2020 г., след проведена открита процедура по ЗОП с предмет „Изработка и доставка на рекламno-информационни материали и сувенири, свързани с осигуряване на информираност, публичност и визуализация при изпълнението на функциите на МОН, проекти и програми“, с възложител Министерство на образованието и науката“, както и по всички последващи конкретни договори, сключени в резултат това рамково споразумение, изцяло или частично за целите на проект/и по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. Максималната стойност на финансовата корекция е 3842,50 лв. без ДДС и 4611,00 лв. с ДДС.

Ръководителят на УО е възприел изцяло констатациите и изводите за извършени две нарушения, които съставляват нередност, съответно по т. 11, б. „б“ и по т.16, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Обосновал е квалифицирането на нарушенията по съответните хипотези на т. 11 и т.16, и е определил размер на финансовата корекция, както следва: за нередността по т.11, б.„а“ – 5 %, а за нередността по т.16, б. „а“ – 25%. Предвид забраната за кумулиране на финансови корекции е определена една обща корекция в размер на 25 на сто.

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

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.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от чл.6,т.1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" изпълнителният директор е ръководител на УО на

НОИР. С оглед на това процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл.73, ал.2 от закона, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция 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 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена.

Оспореният акт е подробно мотивиран с изложени в него фактически и правни съображения .

Спорът е относно съответствието на решението с материалния закон и се свежда до това дали в процедурата по възлагане на обществена поръчка са допуснати сочените от ръководителя на УО на ОП НОИР нарушения на ЗОП, съответно осъществени ли са нередностите по т.11, б. „б“ и по т.16, б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

В т. 11 на Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, са включени нарушенията, при които е констатирано използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

Според настоящия съдебен състав констатациите и изводите на административния орган за осъществена нередност от посочения вид (т.11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности) са обосновани и в съответствие с приложимите материалноправни норми.

В чл.2, ал.1 от ЗОП са закрепени основните принципи, при които следва да се осъществява възлагането на обществените поръчки, а именно: равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност; публичност и прозрачност. В ал. 2 на разпоредбата е установена забраната за възложителите 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.

Съгласно чл.59, ал.1 от ЗОП възложителят може да определи по отношение на кандидатите или участниците критерии за подбор, които се отнасят до: 1. годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност; 2. икономическото и финансовото състояние; 3. техническите и професионалните способности. Според ал.2 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.

Правилно ръководителят на УО е посочил, че възложителят има право в границите на своята оперативна самостоятелност да установи изискване за реализиран минимален специфичен оборот, стига той да не надвишава нормативно определения размер на минималния общ оборот. Чл.61, ал.1 от ЗОП предвижда, че по отношение на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците възложителите могат да поставят изискване за последните три приключили финансови години да са реализирали минимален общ оборот, включително минимален оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти. Според ал.2, изискваният от възложителите минимален общ оборот по ал. 1, т. 1 трябва да е съобразен със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка и не може да надхвърля двукратния размер на нейната прогнозна стойност, освен ако това не е обосновано с естеството на строителството, услугите или доставките. В случай че възложителят изисква оборот, който надхвърля максимално допустимия, той мотивира това в обявлението. В закона е посочено / §2 от ДР на ЗОП, т. 66 и 67/, че под годишен общ оборот следва да се разбира сумата от нетните приходи от продажби по смисъла на Закона за счетоводството, а "оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката" е сумата, равна на частта от нетните приходи от продажби, реализирана от дейност, попадащи в обхвата на обществената поръчка.

Видно от горните разпоредби, поставянето на изискване за определен реализиран оборот, както и останалите изисквания, свързани с критериите по чл.59,т.1 ЗОП, се свързват с възможността на кандидатите/участниците да изпълнят поръчката. С оглед на това изрично е предвидено, че правото на възложителя да постави такова изискване се отнася както до общия, така и за специфичния оборот /оборот в съответната сфера на поръчката/. Няма съмнение и това се установява от логическото, систематичното и историческо тълкуване на разпоредбата на чл.61 от ЗОП, че както изискването за общ, така и за специфичен оборот следва да е бъде съобразено със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка. Този извод се налага, на първо място, от обстоятелството, че възможността за поставяне на такова изискване е предназначена за установяване на икономическото и финансово състояние като критерий за подбор, а по силата на чл.59, ал.2 ЗОП всички критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката, т.е. това е общо и принципно положение, касаещо критериите за подбор. На второ място, няма логическа причина да се смята, че законодателят намира за необходимо за необходимо да постави ограничение при формулирането на изисквания към кандидатите/участниците за общ оборот, а да не залага такива относно специфичния оборот. С оглед на това съдът приема, че макар и да не е изрично посочено, при поставянето на изисквания за реализиран специфичен оборот, възложителят следва да се ръководи и да спазва ограниченията, произтичащи от нормата на чл. 61, ал.2 ЗОП. В случая изискуемият от възложителя минимален специфичен оборот е малко под двукратния размер на прогнозната стойност на поръчката, поради което от тази гледна точка няма нарушение на разпоредбата на чл. 61, ал.2

ЗОП. Възложителят обаче не обосновава по никакъв начин как е определен размерът на изискуемия минимален специфичен оборот и съответствието му със стойността, обема и срока за изпълнение на обществената поръчка. Съдът не приема доводите, че е трябвало изрично да мотивира в обявлението този размер, тъй като подобно изискване законът е предвидил само в случаите, когато е надвишен двукратния размер на прогнозната стойност, каквото превишение в случая няма, както беше казано. Възложителят обаче следва да е в състояние да обоснове по какъв начин е определен размерът на минимално изискуемия специфичен оборот и че този размер съответства на стойността, обема и срока за изпълнение на поръчката. Тежестта за доказване на това обстоятелство както в административното, така и в съдебното производство е на жалбоподателя, който обаче не е ангажирал данни в тази насока. Като не е обосновал как е определил размера на минималния специфичен оборот, ръководителят на УО правилно е приел, че е ограничена конкуренцията, тъй като поставеният критерий за подбор е от естество да демотивира от участие в процедурата потенциални кандидати, които не са реализирали такъв минимален специфичен оборот, но разполагат с технически възможности и опит да изпълнят поръчката. Следва да се отбележи, че възложителят е поставил условия, обосноваващи наличието на необходимия капацитет, възможности и опит за изпълнение на изработване и доставка на рекламно-информационни материали и сувенири, чрез поставените изисквания в обявлението, раздел III. 1.3) Технически и професионални възможности и в документацията за участие (стр. 28-31) към потенциалните участници – 1. през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, участникът трябва да е изпълнил минимум две дейности с предмет, идентични или сходни с тези на поръчката; 2. да има на разположение за срока на изпълнение на рамковото споразумение екип от ключови експерти - ръководител, експерт дизайн и изработка /два броя/ и специалист предпечат, притежаващи необходимата професионална квалификация и опит, съответстващи на спецификата на поръчката, пряко ангажирани за изпълнението на услугата; 3. да разполага с техника, позволяваща извършването на следните операции: печат, широкоформатен печат, рязане, ситопечат, тампонен печат, трансферен печат, щанцоване, лак и ламинат, топъл печат, биговане, лепене, перфорация, книговез, шиене, сгъване, вакуумиране, ВШМ, дизайн и предпечат; 4. да притежава валиден сертификат за внедрена система за управление на качеството в областта на предмета на настоящата обществена поръчка, съгласно стандарта ЕК 180 9001:2015, или еквивалентен, или други доказателства за еквивалентни мерки за осигуряване на качеството.

Следователно, коментираният критерий за подбор действително е ограничил необосновано кръга от потенциални участници, които нямат изискуемия минимален специфичен оборот, но могат да изпълнят предмета на поръчката, тъй като имат техническите възможности и опита. Следователно, при провеждането на процесната обществена поръчка са извършени сочените от административния орган нарушения на чл. 2, ал.2, във вр. с чл. 61, ал.1, т.1 и чл. 59, ал.2 от ЗОП. По този начин е допусната нередност по т.11, б. „б“ от Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

Правилно административният орган е приложил пропорционалния метод за определяне на финансовата корекция, доколкото не може да се направи точно количествено изчисление на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ. В случая финансовата корекция е законосъобразно определена в размер на 5 на сто, за което ръководителят на УО е изложил ясни и убедителни мотиви.

Потвърждава се и констатацията за второто нарушение, съставляващо нередност по т.16, б.“а“ от Приложение № 1 към чл.21 ал.1 от наредбата за посочване на нередности – „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка - изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“.

Съгласно чл.121, ал.1 от ЗОП възложителите 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. Алинея 2 изисква досието да 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. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане.

Съгласно чл.112, ал.1,т.2 от ЗОП / в приложимата редакция/ възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител представи документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор, включително за третите лица и подизпълнителите, ако има такива.

Видно е от посочената разпоредба, че преди сключването на договора възложителят е длъжен да се убеди, че са представени, а ако не са представени – да изиска от изпълнителя да представи документите, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване на третите лица, и това се явява условие за сключване на договора. „Трето лице“ по смисъла на §2, т.55а от ДР на ЗОП е всяко лице, различно от кандидата или участника.

В случая не се оспорва от жалбоподателя, че към датата на сключване на договора не са били представени документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване на процедурата, за [фирма], а именно свидетелство за съдимост на управителя на [фирма] съгласно чл.58, ал.1,т.1 ЗОП; удостоверение от органите по приходите и удостоверение от общината по чл.58, ал.1,т.2 ЗОП; удостоверение от органите на Изпълнителна агенция „Главна инспекция по труда“ по чл.58, ал.1,т.3 ЗОП. Няма спор и че изпълнението на поръчката от спечелилия участник е осъществено с ресурси

на третото лице [фирма] по силата на сключен договор за наем – обстоятелство, което законът изрично допуска /чл.65, ал.1, ЗОП/. Това се потвърждава и от представения ЕЕДОП, в който ОБЕДИНЕНИЕ П. М. Д. се е позовал на капацитета на третото лице - [фирма], както и от подписания от управителя на [фирма] ЕЕДОП.

След като избраният за изпълнител участник е ползвал капацитета на трето лице и за това лице не са били представени преди подписване на договора изискуемите документи, то няма как да бъде проверено дали към този момент не са били налице основания за отстраняване от процедурата. От тази гледна точка за съда няма съмнение, че документите от досието на обществената поръчка не могат да се приемат за достатъчни, за да се обоснове законосъобразното възлагане на поръчката, а това води до липса на прозрачност. Тъй като законът ясно и императивно посочва момента, в който следва да бъдат представени документите, а именно преди подписване на договора, то депозирането на тези документи впоследствие, с възражението до административния орган, при това издадени около една година след това, не може да преодолее липсата на достатъчна документална проследимост и на прозрачност при възлагането на поръчката.

Следователно обосновано ръководителят на УО е приел, че не са изпълнени изискванията на чл. чл.112, ал.1, т.2 от ЗОП и че е осъществена нередност, която правилно е квалифицирана като такава по т.16, б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Тъй като поради естеството на нарушението не може да се направи точно количествено изражение на финансовите последици от него, правилно ръководителят на УО е пристъпил към определяне размера на финансовата корекция по пропорционалния метод. Предвиденият за тази категория нередности минимален размер на финансовата корекция е 25 на сто, колкото е и определеният от ръководителя на УО процентен размер. В съответствие с правилото на 72, ал.4 от ЗУСЕСИФ за двете нарушения административният орган е определил една обща корекция в размер на по-високия размер, а именно – 25 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори.

Крайният извод на съда е, че оспореното Решение № 02-75/28.04.2021г., издадено от ръководителя на УО на ОП НОИР, е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора следва да бъде уважена претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение следва да бъде уважена за сумата от 200 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III отделение, 51-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на образованието и науката срещу Решение № 02-75/28.04.2021г., издадено от ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“.
ОСЪЖДА Министерство на образованието и науката да заплати на

Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 (двеста) лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от получаването му .

СЪДИЯ: