

РЕШЕНИЕ

№ 573

гр. София, 03.02.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

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

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **11324** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.
Образувано е по жалба от Министерство на образованието и науката срещу Решение № 02-301/19.10.2021г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор № Д03-14/18.05.2021г., сключен с изпълнител „К.“-АД на стойност 412 840 лева без ДДС и 495 408 лева с включен ДДС, като максималната стойност на финансовата корекция е 49 540.80 лева. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при нарушение на материалния закон, в резултат на погрешното подвеждане от страна на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“ на установените по преписката факти под хипотезата на нормите, съдържащи се в чл. 2, ал. 1, т. 1-2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от Закона за обществените поръчки. Счита, че неправилното подвеждане на фактите е довело до погрешен извод за наличие на нарушение при откриване на посочената процедура за възлагане на обществена поръчка, което от своя страна се е отразило на законосъобразността на решението за налагане на финансова корекция, тъй като то е изцяло обосновано на

този погрешен извод. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски за заплатена държавна такса.

Ответникът Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли.

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

С оспореното Решение № 02-301/19.10.2021г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ ОП НОИР 2014-2020, на основание чл. 73, ал.1 във вр. с чл.70, ал. 1, т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕСИФ, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ, чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и Съвета, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016г., на бенефициента Министерство на образованието и науката, е определена финансова корекция в размер на 10 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 № Д03-14/18.05.2021 г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 412 840 лв. без включен ДДС и 495 408 лв. с включен ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка и гаранционен сервиз на компютърна и периферна техника и на инфраструктурно оборудване за нуждите на Министерството на образованието и науката и изпълняваните от него политики и проекти“ – 4 обособени позиции и сключено рамково споразумение № Д01-200/10.10.2019г. по обособена позиция № 4 „Комуникации и сигурност“. На основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ, максималната стойност на финансовата корекция е 49 540,80 лв. По т. II на основание чл. 72, ал. 3, изречение второ от ЗУСЕСИФ е разпоредено, че определеният процентен показател по т. I ще се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по Договор Д03-14/18.05.2021г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 412 840 лв. без включен ДДС и 495 408 лв. с включен ДДС.

За да наложи оспорената финансова корекция УО е приел, че бенефициента е извършил следните нарушения:

Нарушение на чл. 59, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, което представлява нередност по т. 10. „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1

на 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, посл. изм. и доп., ДВ., бр. 19 от 6 март 2020 г.) (Наредбата), за която в зависимост от естеството и сериозността на извършеното нарушение е предвидена финансова корекция в размер на 25 или 10 на сто от 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 с изпълнител.

В резултат на изпратеното чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. номер BG05M2OP001-2.012-0001-C01-M0104 от 10.09.2021г. писмо за стартиране на производство по определяне на финансова корекция, на 24.09.2021г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-2.012-0001-C01-M0105, бенефициентът е подал своите възражения, като изразява несъгласието си с описаните констатации и основателността на предложената финансова корекция. Бенефициентът счита, че констатациите на УО са неправилни и неоснователни, поради което не следва да се определя финансова корекция.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. В конкретния случай е оспореното решение е подписано от И. П. - изпълнителен директор, определен да изпълнява функциите на Ръководител на УО на ОП НОИР. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок

писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Констатираните нередности са посочени в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. № BG05M2OP001-2.012-0001-C01-M0104 от 10.09.2021г., като на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в срок от две седмици от получаване на уведомлението на бенефициента е дадено право да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. На 24.09.2021г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-2.012-0001-C01-M0105, бенефициентът е подал своите възражения, които са обсъдени в оспореното решение, но са счетени за неоснователни.

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

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер. Основанията за налагане на финансова корекция са установени в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) Регламент №1303/2013 (чл. 98 Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013) държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013 (чл. 70 (1) Регламент №1083/2006) държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 Регламент №1303/2013 (съответно чл. 2 (7) Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013), съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

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

Първото, което органът трябва да докаже досежно този елемент на фактическия състав на нередността, е нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право.

Съдът намира за недоказани от страна на ответника нарушенията на националното право. Заключениеята на Управляващия орган за установените от него нарушения са свързани с погрешното му разбиране за предмета на обществената поръчка и дейностите, които следва да бъдат изпълнени по договора.

Напълно необоснован е извода на УО за наличие на неравнопоставеност между двата вида допустими участници, съответно изводите за наличие на предимство на участниците, които са производители. Обстоятелството, че към производителите и

доставчиците, които не са производители има специфични изисквания към оторизацията на сервизите е необходимо и неизбежно следствие от различното им качество - на производители и доставчици.

Предметът на поръчката по Обособена позиция № 4: „Комуникации и сигурност“ включва доставка, монтаж, пускане в експлоатация и гаранционен сервиз на следните продукти:

- Устройства за балансиране на трафика;
- Маршрутизатори;
- Комутатори;
- Защитни стени (NGFW);
- WiFi точки за безжичен достъп;
- WiFi контролери;
- A. (A., A. and A.) софтуер;
- SDN контролер;
- SFP+ модули;
- Дистрибуционни комутатори;
- Агрегиращ комутатор;
- IP камери;
- Мрежови видеорекордери;
- Видеоконферентна система.

Ноторно известно е, че в България не се произвежда оборудването, което е предмет на Обособена позиция № 4. То се произвежда от чуждестранни, много често мултинационални производители, които го продават и сервизират сами и/или оторизират някой търговец да го продава и сервизира на определена територия – това са условията, при които работят икономическите оператори на пазара на включеното в Обособена позиция № 4 оборудване и тези условия са коректно отразени в документацията, която следва да осигури адекватна доставка и гаранционна поддръжка на оборудването в реални пазарни условия.

Възложителят изисква изпълнителят да разполага със сервиз, оторизиран да извършва ремонт на предлаганата техника, като ако не е производител на предлаганата техника) следва да разполагат с най-малко 1 (един) сервиз, намиращ се на територията на [населено място].

Причината, поради която от производителя не се изисква да доказва наличие на оторизиран сервиз е, че той решава кой сервиз да оторизира, т.е. по отношение на производителя няма нужда от гаранция, че има право да извършва ремонт на предлаганата техника, защото именно производителят дава тези права. Напълно логически и финансово обосновано от гледна точка на производителя е да ситуира сервиз в [населено място] при условие, че е поет дългосрочен ангажимент от три години за сервизиране на доставеното от него оборудване. Съвсем другояче стои въпросът с търговците, които предлагат техниката на производителя на определената територия – ако те не притежават оторизация да я сервизират, при ремонта биха отпаднали гаранциите от производителя, които формират съществена част от стойността на артикулите.

Следователно различията в изискванията към производители и доставчици произтича от различните им функции. Тази разлика не представлява неравно третиране, а е логична последица от правата, които притежават двата вида икономически оператори според това дали произвеждат доставяната техника или доставят техника на друг

производител. Възложителят е този, който носи отговорността да гарантира, че участниците разполагат с възможност да сервизират доставената техника при запазване на гаранцията от производителя. Ето защо, логично е от доставчиците да се изисква да докажат, че разполагат със сервиз, в който имат право да сервизират оборудването, а към производителя такова изискване не е необходимо, тъй като той може да оторизира всеки подходящ според него сервиз на територията, с което да му даде възможност да сервизира техниката при запазване на гаранцията от производителя.

Неправилен е извода на УО на ОП НОИР, че поставеното изискване към участниците, които не са производители, да разполагат със сервиз, намиращ се на територията на [населено място], е необосновано, защото местоположението на сервиза не е необходимо условие за установяване на възможността на участниците да изпълнят поръчката, каквото е изискването на чл. 59, ал.2 от ЗОП.

Тезата на УО на ОП НОИР, че обществената поръчка би могла да се извърши с еднакъв успех, както от участник, който разполага със сервиз, намиращ се в [населено място], така и от участник, който разполага със сервиз, намиращ се в [населено място] или дори и в друга държава, е напълно произволна. Подобна теза не държи сметка за предмета на поръчката, както и за изискванията към изпълнението, заложиени в документацията.

Видно от документацията за участие и обявлението за обществената поръчка, изискването за наличие на оторизиран сервиз за всяка обособена позиция е съобразно планираното място на доставка и инсталация на съответното оборудване. Съгласно т. 7.4 от проекта на договор към документацията на обществената поръчка, в общия случай времето за сервизна реакция на Изпълнителя е един работен ден, като времето за реакция тече от подаване на писмена заявка от Възложителя или от упълномощено от него лице чрез електронния адрес на Изпълнителя.

Съгласно разпоредбата на 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.

Цитираните норми дават възможност на възложителя да залага обосновани ограничения пред участието на стопански субекти в обществените поръчки, които са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка и са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. От оперативната самостоятелност на възложителя е да определи потребностите си и той ги е определил недвусмислено и еднозначно – да се достави и инсталира определен вид оборудване, което да се поддържа технически в [населено място] за период от 3 години. Това е предметът на

поръчката и всеки, който може да го изпълни може да подаде оферта, независимо дали е производител, оторизирано от производителя физическо или юридическо лице, техни обединения и/или с помощта на трети лица и/или подизпълнители. Следва да се има предвид, че техниката може да се инсталира на територията на страната, но основните ресурси са ситуирани в [населено място]. Изискването за наличие на оторизиран сервиз на територията на [населено място] е критерий за подбор, който е пряко обвързан с качествено изпълнение на поръчката, който предвид краткото време за сервизна реакция обосновава ограничаване на териториалната отдалеченост на базата от местонахождението на доставените артикули и от тази гледна точка представлява обосноваване на ограничение пред участието на стопански субекти, които нямат капацитет да осигурят необходимата според условията на процедурата динамика на сервизно обслужване. Така заложеният критерий за подбор е напълно съобразен с предмета, стойността, сложността и обема на обществената поръчка и е необходим за установяване на възможността на участниците да изпълнят поръчката според предвидените в нея условия, т.е. е законосъобразен.

С оглед на горното съдът счита, че не е допуснато и твърдяното нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, който изисква при възлагането на обществени поръчки възложителите да не 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.

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

По отношение на претендираните от жалбоподателя разноски за държавна такса, съдът счита, че макар с оглед изхода на спора такива да

се дължат, същото е неоснователно, доколкото е налице съвпадение между страните – в случая Министерство на образованието и науката като жалбоподател е и юридическото лице, в чиято структура се намира органът – ответник.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 02-301/19.10.2021г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ ОП НОИР 2014-2020, с което на Министерство на образованието и науката е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор № Д03-14/18.05.2021г., сключен с изпълнител „К.“-АД на стойност 412 840 лева без ДДС и 495 408 лева с включен ДДС, като максималната стойност на финансовата корекция е 49 540.80 лева..

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

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: