

РЕШЕНИЕ

№ 8610

гр. София, 13.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 44 състав,
в публично заседание на 09.04.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **574** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.), вр. чл. 145 от Административно-процесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на Комисия за защита на конкуренцията, със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], с БУЛСТАТ:[ЕИК], представлявана от Ю. Р. Н. - председател на Комисията, срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК - 2024 - 361/04.01.2024 г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (УО на ОПДУ), с което е определена финансова корекция в размер на 25 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № ДВГ-45/15.12.2021 г. с предмет „Надграждане на публичния регистър и информационната система на Комисия за защита на конкуренцията“, сключен с изпълнител „СТЕМО“ ООД.

Релевирани са доводи за незаконосъобразност на описаното решение, основани на тезата за наличие на основанията за отмяна по чл. 146, т. 3, т. 4 и т. 5 АПК. Конкретно се оспорват изводите за наличие на нарушение по чл. 2, ал. 2 от ЗОП във вр. чл. 31, ал.1, т. 4 ЗОП и чл. 2, ал. 1 т. 1, т. 2 и т. 4 ЗОП, както и нарушението свързано с неоснователно отстранен участник – чл. 107, т. 1 във вр. чл. 2, ал. 1 ЗОП. Претендира се отмяна на обжалваното решение и присъждане на разноски за платена държавна такса в размер на 1700 лв. Подробни съображения са развити и в представените в.с.з.

писмени бележки от процесуалния представител на жалбоподателя.

Ответникът - ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" 2014-2020 г., в писмен отговор и допълнително в с.з., чрез юрк. К., оспорва жалбата и моли за нейното отхвърляне, както и присъждане на разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител и не ангажира становище по оспорването.

Административен съд – София-град, III отделение, 44 състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

По делото не се спори, че КЗК е адресат на финансова подкрепа съгласно сключен с ответника Административен договор № BG05SFOP001 -1.014-0001-C01/21.12.2020 г. с наименование „Развитие на информационната система и публичния регистър на Комисията за защита на конкуренцията", финансиран по Оперативна програма „Добро управление" при Администрацията на Министерския съвет.

В резултат на проведена обществена поръчка е сключен договор № Д.-45/15.12.2021 г. с изпълнител „СТЕМО" ООД.

Във връзка с извършен от ИА ОСЕС одит на операциите по ОПДУ, на 12.12.2023 г. е изпратено до КЗК уведомително писмо /л. 25-29/, съдържащо констатация за допуснати две нарушения:

1.Нарушение на чл. 2, ал. 2 във вр. чл. 31, ал. 1, т. 4 от ЗОП, сочещо към нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ, приета с ПМС №57/28.03.2017 г. /Наредба за посочване на нередности/, за което е предвидена финансова корекция в размер на 5 % от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка № ДГВ-45/15.12.2021 г. с изпълнител „СТЕМО“ ООД;

2.Нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 14 от Насоките за определяне на финансови корекции, които се правят върху разходите, финансирани от Общността, при несъответствие с правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на Европейската комисия от 14.05.2019 г., съответно т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

На 22.12.2023 г. бенефициерът е представил възражение по реда на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ /л. 31-52/.

Възражението е прието за неоснователно , вследствие на което е издадено оспореното Решение, с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 и Заповед № Р-109/08.06.2023 г. на Министър-председателя на Република България, на жалбоподателя е наложена ФК в размер на 25 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № ДГВ-45/15.12.2021 г. с изпълнител „СТЕМО“ ООД, финансиран по ОПДУ.

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, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материално правните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.).

Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му.

С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

В чл. 69, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ, загл. изм. в сила от 01.07.2022 г.), е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, (в приложимата редакция), е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Процесният акт е издаден от компетентен орган. По делото на л. 170-172 е приложена Заповед № Р-109/08.06.2023 г. на министър–председателя на Република България, с която на основание чл. 40, ал.6 от Закона за администрацията, чл. 77а, ал. 1, т.1 -3, ал. 2 и ал. 6 от Устройствения правилник на Министерския съвет и на неговата администрация, приет с Постановление № 229 на Министерския съвет от 2009 г. и § 4 от Преходните и заключителни разпоредби на Постановление № 162 на Министерския

съвет от 2016 г., чл. 12, ал. 2 от Постановление № 79 на Министерския съвет от 2014 г., §1, т.14 от ДР на ПМС №121/2007 г., чл. 30, ал. 3 и чл. 32, т. 3 ГПК, чл. 17, ал. 3 АПК, издателят на оспорения акт И. Д. П. – директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на МС, е оправомощена да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ 2014-2020 г., в това число по т. 1 да издава индивидуалните, общите и вътрешнослужебните актове, свързани с управлението и изпълнението на ОПДУ от компетентност на Р..

С оглед изложеното не е налице основанийта по чл. 146, т. 1 АПК за прогласяване на нищожност на процесното решение.

Спазени са изискванията за форма на административния акт - чл. 59, ал. 2 АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ. Административният орган е изложил установените факти и обстоятелства и е обосновал в достатъчна степен направените от него изводи, позволяващи еднозначно да се изведе волята му за издаване на акт с посоченото съдържание. Доколкото посочените в решението на Р. фактически и правни основания са материално законосъобразни и обхващат всички елементи на фактическия състав на нередността, за която е наложена финансова корекция, е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Не се констатира съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които да са от такова естество и интензитет, че да рефлектират на валидността и обосноваването на упражненото властническо правомощие. Доказателствата по делото сочат, че е редовно проведена процедурата по уведомяване съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ. Бенефициерът е запознат за вида на констатираните нарушения и правната им квалификация като нередност. Предоставена му е възможност да се запознае с констатациите на Р. и в случай на несъгласие с тях да изложи възраженията си в двуседмичен срок, считано от получаване на уведомителното писмо. Същият е представил своите опровергаващи доводи, които са обсъдени при издаване и формиране на волята на органа, обективизирана в процесното решение.

По отношение на съответствието на административния акт с материалния закон съдът съобрази следното:

Съгласно чл. 143, § 1 от Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Разпоредбата на чл. 122, § 2 от същия регламент сочи, че 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, § 36 от 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.

По делото не е спорно, че първият елемент от понятието е налице – КЗК има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, § 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от ЕСИФ, тъй като е страна по

АДБФП № BG05SFOP001 -1.014-0001-C01/21.12.2020 г. с наименование „Развитие на информационната система и публичния регистър на Комисията за защита на конкуренцията“, финансиран по Оперативна програма „Добро управление“ при Администрацията на Министерския съвет.

Спорът по делото, с оглед наведените от жалбоподателя оплаквания, се свежда до наличието на втория и третия елемент на определението за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна.

Относно „Ограничително изискване“ обосновано в т. 1 от административния акт Р. приема, че са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., предвид следното: налице е нарушение на правото на Европейския съюз - проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на императивни норми (чл. 2, ал. 2 и чл. 31, ал. 1, т. 4 от ЗОП); извършено чрез действие на възложителя; субект на нередността - Комисия за защита на конкуренцията -бенефициент; вреда на общия бюджет на Европейския съюз - сумата, с която би бил ощетен бюджетът на Европейския съюз вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - с така заложените неясни и необективни изисквания необосновано се възпрепятстват от участие потенциални участници, като по този начин не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, с икономически най-изгодната оферта, а това закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз в определения от УО процентен показател от допустимите разходи.

Прието е също така, че провеждането на обществена поръчка, при която е допуснато посоченото нарушение, необосновано нарушава, както принципите, заложи в чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 от ЗОП, така и разпоредбите на ЗУСЕСИФ (изм. със ЗИД на ЗУСЕСИФ ДВ бр. 39 от 2022 г., ЗУСЕФСУ, загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г.) и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., което нарушение „би имало“ за последица нанасянето на вреда в бюджета на Европейския съюз.

Посоченото "ограничително изискване" органът квалифицира като нарушение на чл. 2, ал. 2, във вр. с чл. 31, ал. 1, т. 4 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП. Същото е обосновано със следните мотиви:

Съгласно образца на техническо предложение участниците следва направят предложение за изпълнение на поръчката, в съответствие с изискванията на възложителя, заложи в техническото задание и документацията за обществената поръчка. В раздел 8 от техническото задание се съдържат изискванията към всяка дейност, включена в предмета на поръчката и минималните изисквания, на които следва да отговаря техническото предложение на участника.

1.1. Относно шест от седемте основни дейности от предмета на поръчката - Анализ на изискванията и данните. Системен проект. Софтуерна разработка. Тестване, Въвеждане в експлоатация и Обучение е поставено следното изискване към техническото предложение:

- да бъде предложена минимум една качествена мярка относно избора от участника способ, която да гарантира съответствието на изпълнението с настоящото Техническо задание.

Липсват указания за подготовката на техническата оферта в тази част, като не са дадени пояснения какво трябва да бъде съдържанието на качествените мерки. За дейност 1 е посочено, че мярката се изразява в „предложение относно начина на

установяване на наличната при възложителя информация, недопускаща грешки в изходните данни“; за дейност 2 - предложение относно избрания способ за систематизирано и срочно изготвяне на подробна спецификация на бъдещото софтуерно решение, така че да не се допускат вътрешни несъответствия и противоречия; за дейност 3 - така че инсталирането и конфигурирането на софтуерното решение да осигури плавен и неусетен достъп на потребителите на системата; за дейност 4 - така че да не възникват грешки и проблеми; за дейност 5 - която да осигури успешното привеждане на софтуерната разработка, така че да се използват времевите параметри на въвеждането в експлоатация, извън стандартните часове за работа с Информационната система и за дейност 6 - относно предложението от участника начин за обучение, който се отнася до възможността лицата да получат възможност да изпълнят в реално време конкретните функционалности и експериментират със системата.

Според Р. възложителят не е определил в документацията обективни параметри и характеристики на качествените мерки. Формулираните изисквания „да гарантира съответствие с техническото задание“, „така че да не се допускат вътрешни несъответствия и противоречия“, „да осигури успешното привеждане на софтуерната разработка“ и др. са общи и неясни и допускат субективно тълкуване, като дават неограничена свобода на преценката от страна на комисията за съответствие на офертата с минималните изисквания. Така според Р. за участниците не е налице достатъчно информация как ще се преценява дали предложените мерки „ще гарантират съответствието на изпълнението с изискванията на Техническото задание“ и предложението им ще бъде оценено като съответстващо на минималните изисквания или ще бъде отстранено.

В т. 1.2. от решението е посочено, че съгласно техническото задание предложеният подход за изпълнение (методология) по всяка основна дейност следва да се отнася до предложени конкретни стъпки/действия, присъщи за дейността. Тези конкретни стъпки/действия трябва да са посочени с начало и край, да са описани с измерими резултати и да е представена логическата обвързаност и последователност между всяка една стъпка/действие за изпълнение на тази дейност.

Предвид гореизложеното е заключено от Р., че така формулираното изискване е неясно, като за икономическите оператори няма сигурност за действителните и обективни характеристики на предложенията, които ще се преценяват като съответстващи на минималните изисквания или като такива, които не съответстват и следва да бъдат отстранени.

Административният орган е установил при преглед на работата на комисията, че от участие в процедурата са отстранени трима от петте участници, допуснати до разглеждане на техническите предложения. Сред основанията за отстраняването им са нередовности в техническото предложение, включително липса на стъпки, липса на качествени мерки, липса на подход (методология) за изпълнение с конкретно описани стъпки/действия и с посочване на тяхното начало и край, логическата обвързаност и последователност, както и описан очакван резултат. Видно от протокола от работата на комисията, част от предложените качествени мерки не са приети, поради това, че само формално покриват определеното от възложителя изискване, като същите са неприложими и не съответстват по смисъл и

съдържание на определеното в техническото задание.

При липсата на указания за подготовката на техническите предложения в частта предложение за изпълнение на поръчката, всеки участник е описал различни аспекти и елементи от начина на изпълнение на поръчката. Отстраняването на участниците е в резултат на липсата на указания от страна на възложителя как следва да се подготви техническото предложение и липсата на яснота относно съдържанието на качествените мерки и конкретните стъпки на предлагания подход за изпълнение. Коментиранияте компоненти на техническото предложение са използвани като способ за отстраняване на офертите.

Предвид изложеното изискванията за предложение на качествени мерки и подход за изпълнение с конкретни стъпки/действия, без да са налице указания за подготовката му, са приети от Р. за ограничителни и необосновано възпрепятстват участието на лицата в поръчката.

Посочените изисквания в т. 1.1. и 1.2. според УО са неясни и създават предпоставки за неравно третиране на участниците. Нарушен е и принципът на прозрачност, който изисква всички условия и изисквания на процедурата за възлагане да бъдат посочени ясно, точно и недвусмислено така, че от една страна, да дадат възможност на всички разумно информирани и полагащи обичайна грижа оференти да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин, и от друга страна, да се позволи на възлагащия орган ефективно да провери дали офертите отговарят на поставените в разглежданата поръчка критерии.

Във връзка с горепосоченото нарушение съдът съобрази следното:

Разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП съдържа две хипотези на забрана за ограничаване на конкуренцията чрез условия (изисквания), които:

- 1.) дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и
- 2.) които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В настоящия случай от ръководителя на УО на ОПДУ се твърди, че жалбоподателят не е определил в документацията обективни параметри и характеристики на качествените мерки, а формулираните изисквания са общи, неясни, допускащи субективно тълкуване и представящи неограничена свобода на преценка от страна на комисията за съответствие на офертата с минималните изисквания. Тези обстоятелства обаче не го правят автоматично ограничително по смисъла на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Неяснотата и необосноваността на дадено изискване не дават предимство и не водят до ограничение. Неяснотата, както основателно възразява оспорващия, може да бъде преодоляна чрез искане за разяснение на основание чл. 33, ал. 1 от ЗОП. На поставените писмено въпроси възложителят следва да отговори с писмени разяснения, които се публикуват на профила на купувача и по този начин достигат до всички потенциални участници. С предвидения ред за получаване на разяснения се гарантира спазване на принципа за равнопоставеност на всички участници в процедурата. Доказателства в тази насока не са налични по делото.

В процесното решение не е обосновано по какъв начин поставеното от

възложителя изискване би дало предимство или необосновано би ограничило участието на лица в обществената поръчка. Липсват твърдения също така, че конкретното изискване не е съобразено и не съответства на предмета, стойността, сложността и обема на обществената поръчка. Поради това от изложените мотиви в обжалваното решение не се установява наличие на твърдяното от органа нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Аргументите изложени от УО по-скоро се отнасят до изискванията касаещи критериите за възлагане на поръчките, докато нарушението на чл. 2, ал. 2 ЗОП обхваща случаите на ограничаване на конкуренцията, каквото в случая не е мотивирано. Освен това твърдяната неяснота на посоченото изискване поради липса на конкретни указания относно подготовката на техническото предложение, не е налице.

Относно твърдението за нарушение на нормата на чл. 31, ал. 1, т. 4 от ЗОП, то същата предвижда, че документацията за обществена поръчка трябва да съдържа образци на документи, както и указание за подготовката им.

Жалбоподателят поддържа, че в документацията за участие по конкретната обществена поръчка се съдържа както образец на техническо предложение, така и указания за попълването му. Твърди, че следва да се държи сметка за цялостното съдържание на Техническото задание, в което като част от условията, касаещи минималното съдържание на офертите, са поставени и изискванията да бъде предложена поне една качествена мярка, по всяка от следните дейности: Дейност 1 - Анализ на изискванията и данните, Дейност 2 - Системен проект, Дейност 3 - Софтуерна разработка, Дейност 4 – Тестване, Дейност 5 - Въвеждане в експлоатация и Дейност 6 - Обучение. Според оспорващия именно чрез предлагането на определена качествена мярка икономическите оператори ще демонстрират собственото си разбиране за изпълнението, и така офертата им няма да се ограничава до механично преповтаряне на поставените от възложителя изисквания, придружено с обща декларация за съответствие.

От доказателствата приложени по делото безспорно се установява, че в документацията за процесната обществена поръчка се съдържа раздел „Изисквания за съдържанието на офертата и указания за подготовка“. В същия изрично са посочени образците на документи и в подточки подробно са разписани указания за подготовката им, с което е изпълнено изискването на горепосочената законова норма за предоставяне на указания за подготовката на образците. С оглед на което, в документацията за участие по конкретната обществена поръчка се съдържа както образец на техническо предложение, така и указания за попълването му, т.е. изискванията на чл.31, ал.1, т. 4 ЗОП са изпълнени. Техническото задание, заедно с обявлението и документацията за участие в своята съвкупност определят правилата за участие, поради което поредното преповтаряне на всички условия, чието изпълнение следва да се гарантира от предложената мярка, е безпредметно.

Основателни са възраженията на оспорващия свързани с констатациите на Р. в т.1.2 от решението относно наличието на неяснота по отношение на формулираното от възложителя изискване: „Съгласно техническото задание предложението за изпълнение (методология) по всяка основна дейност следва да се отнася до предложени конкретни стъпки/действия, присъщи за

дейността. Тези конкретни стъпки/действия трябва да са посочени с начало и край, да са описани с измерими резултати и да е представена логическата обвързаност и последователност между всяка една стъпка/действие, за изпълнение на тази дейност“.

В случая е формулирано изискване към участниците да предложат подход за изпълнение по седемте основни дейности от предмета на поръчката (Анализ на данните и изискванията, Изготвяне на системен проект; Разработване на софтуерното решение; Тестване; Внедряване; Обучение; Гаранционна поддръжка), с включените в тях стъпки/поддейности, които обаче са детайлно описани от самия възложител, при определяне на функционалните параметри по самата основна дейност и е дефинирано какво следва да се направи/извърши, за да бъде реализирана и приета от възложителя всяка една основна дейност, като съвкупност от определени стъпки/дейности. Доколкото изпълнението на тези стъпки/дейности, обхванати от основната дейност е разписана от възложителя, в условията на Техническото задание, по отношение на всяка основна дейност, то се изисква участниците не само да препишат, респ. копират съответната част от техническото задание в своето предложение, но и да проявят определена конкретика, като посочат тези стъпки/поддейности времево, с последователното им осъществяване. По този начин ще бъде гарантирано, че участникът, не просто е погледнал изготвената спецификация, но че и я прочел, както и че реално, ако бъде избран за изпълнител, ще осъществи съответните основни дейности по предложения метод, още повече, че самото предложение е предвидено да бъде част от договора за изпълнение. Същевременно всеки начин, подход или метод (методология) на действие се прилага, за да доведе до постигане на определен резултат, който отново е посочен в случая, изрично от възложителя, за всяка една основна дейност в съответна точка от описанието на дейността, озаглавена „Очаквани резултати“, като участниците не са ограничени и предложенията им не са формализирано сведени само до изрично разписаните и очаквани от възложителя обобщени резултати.

Цялостният прочит на разписаното в Техническо задание, а не само на отделни, изолирани една от друга части, ясно и точно определя параметрите и съдържанието на изискванията към всяка основна дейност, които ще са съществени за преценката на предложения подход от участниците. Въведени са конкретни, смислово обосновани, съобразно конкретната дейност, компоненти в това изискване, които при това и са посочени и от самия възложител.

Наред с това ако някой от участниците е имал съмнения за това какво следва да е съдържанието на Техническото предложение, то той е имал възможност да поиска разяснение на основание чл. 33, ал. 1 от ЗОП. В случая липсват такива искания. Цитирайки част от изискването Р. единствено посочва, че същото съставлява нарушение, но не излага съображения и каквито и да е правни доводи, обосноваващи този извод или констатация. Единствено е посочено, че така „формулираното изискване е неясно“ и според органа е такова и за икономическите оператори, тъй като няма сигурност дали извършваната комисията преценка ще е по „действителните и обективни характеристики“. Този мотив е твърде общ и абстрактен, доколкото е

приложим за абсолютно всяко едно отделно формулирано изречение от страна на всеки един възложител, по всяка една процедура, не изяснява по никакъв начин съображенията на органа за конкретно допуснато нарушение, обвързано с регламентираното в императивна разпоредба на ЗОП или ППЗОП, което да е нарушено.

Предвид гореизложеното съдът приема, че с така определеното изискване относно предложеният подход за изпълнение (методология) по всяка основна дейност не е допуснато нарушение на разпоредбата на чл. 2, ал.2 от ЗОП, доколкото изискването е съобразено изцяло със специфичния предмет на обществената поръчка и включените в обхвата ѝ дейности, които са подробно описани и определени от възложителя в техническото задание, с посочени поддейности, задачи и цел на реализирането им.

Основателно е и оплакването в жалбата, че е налице ограничаване правото на защита на бенефициента, предвид общото изброяване на разпоредбите на чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 31, ал. 1, т. 4 от ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, без да става ясно коя точно норма е нарушена и по този начин е пречатствано правото на защита на възложителя. Посочените нарушения са различни, осъществяват се при различен фактически състав и е необходимо точно и ясно посочване на фактическите основания за всяко от нарушенията.

Предвид изложеното не е налице твърдяното нарушение на чл. 2, ал. 2, във вр. с чл. 31, ал. 1, т. 4 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП.

По констатираното от УО нарушение по т. 2. „Неоснователно отстранен участник“ от административния акт:

Заклучението на Р. в тази част е обосновано със следните констатации:

Съгласно раздел III. 1.3 от обявлението и т. 6.2. от документацията за обществената поръчка участниците трябва да имат внедрена система за управление на качеството, сертифицирана съгласно стандарт EN ISO 9001 в актуална версия или еквивалент, чийто обхват да включва дейности, сходни с предмета на настоящата поръчка. Под „сходни дейности“ се разбират услуги в областта на информационните технологии, свързани с разработване и/или надграждане и/или разширяване, внедряване и поддръжка на информационни системи. С Решение № D10211194/05.11.2021 г. участникът „А1 България“ ЕАД е отстранен от процедурата е мотиви, че не отговаря на поставеното изискване, като предметният обхват на притежавания от участника сертификат по ISO 9001:2015 не съответства на посочения от възложител. Съгласно посоченото от комисията в протокол № 2 в представения сертификат са включени проучване, проектиране, продажба, внедряване-поддръжка, наблюдение и анализ на готови продукти, които са изброени, като не са налице дейности по разработване и/или надграждане и/или разширяване на информационни системи, така както е поставеното изискването от възложителя. При проверката на офертата на отстранения участник и мотивите за отстраняването му от Р. е установено, че в представения от участника по реда на чл. 54. ал. 9 от ППЗОП сертификат № 10304711 от 29.11.2020 г. /л. 830, 831/ за одобрение на системата за управление по стандарт ISO 9001:2015 е посочен следния обхват на одобрението: „проучване, проектиране, продажба, внедряване, поддръжка, наблюдение и анализ на интегрирани електронни далекосъобщителни услуги,

информационни и комуникационни технологични решения: B. voice; machine to machine: data V.: I.: collocation: data center: video security (видео наблюдение - облачно и с инсталация при клиенти): security cloud: DLP as a service. SIEM as a service, NGFW (next generation firewall) as a service (software and hardware based): DDOS protection: smart server (virtual data center): системна интеграция, включително доставка и поддръжка на оборудване, софтуер и лицензи, IAAS (infrastructure as a service), SAAS (software as a service)“.

От „А1 България“ ЕАД е представено писмо от сертифициращия орган Л. Регистър EMEA № QA/0-27333/20.08.2021 г. /л. 832/, от съдържанието на което се установява, че „А1 България“ ЕАД има издадени следните валидни сертификати за одобрение от L's R. Quality Assurance (LRQA), представявана в България от Л. Регистър EMEA клон, С., за внедрени Системи за управление: ISO 9001:2015 с № 0040329, ISO/IEC 27001:2013 с №: 0040331 и ISO/IEC 20000-1:2018 с №: 0040330. Сертифициращият орган е потвърдил изрично, че „в обхвата на сертификатите издадени на „А1 България“ ЕАД се включват и дейности по предоставяне на услуги в областта на информационните технологии, свързани с разработване, надграждане, разширяване, внедряване и поддръжка на информационни системи“. Предвид даденото пояснение за обхвата на сертификационния документ от органа, извършил сертификацията, Р. е приел, че дейностите, които извършва участникът - „А1 България“ ЕАД съответстват на стандарт за качество ISO 9001:2015 и същият отговаря на изискването на възложителя, поради което не е било налице основание за отстраняването му. При тези фактически установявания е прието в решението, че от възложителя е допуснато нарушение на чл. 107, т. 1 във вр. чл. 2, ал. 1 от ЗОП, което е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности.

Жалбоподателят застъпва становище, че комисията на възложителя е обсъдила цялата новопредставена на основание чл. 54, ал. 9 от ППЗОП информация и документи от страна на „А1 България“ ЕАД, във връзка с разглежданото изискване, вкл. и писмото на сертифициращия орган. Според оспорвания цитираното писмо не се явява приложение към сертификата, нито част от него, предвид което комисията на възложителя е счела, че изброените в него дейности не следва да се приемат като такива, включени в предметния обхват на извършената сертификация. Твърди се, че в представения сертификат са включени проучване, проектиране, продажба, внедряване, поддръжка, наблюдение и анализ на готови продукти, които са изброени, като не са налице упоменатите по-горе дейности по разработване и/или надграждане и/или разширяване на информационни системи, като последните са съществен компонент от предмета на обществената поръчка и именно поради тази причина намират място в дефиницията на "сходни дейности". Липсата им в предметния обхват на сертификата, обуславя несъответствието му към предмета на поръчката, с което не се удостоверява изпълнение на поставеното в т. 2. от раздел III.3) от обявлението за обществената и т. 6.2. от документацията изискване. По тези съображения според жалбоподателя комисията единодушно е приела, че участникът не отговаря на поставеното изискване да разполага с „внедрена система за управление на качеството,

сертифицирана съгласно стандарт EN ISO 9001 в актуална версия или еквивалент, чийто обхват да включва дейности, сходни с предмета на настоящата поръчка, определено т. 2. от раздел III.3) от обявлението за обществената и т. 6.2. от документацията за участие."

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция.

Съгласно чл. 107, т. 1 от ЗОП. възложителят отстранява от процедурата участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществената поръчка или в документацията.

Безспорно от цитираната нормативна уредба е видно, че възложителят има право да отстрани участник, който не отговаря на заложените изисквания. Спорът по това нарушение се свежда до това, дали участникът отговаря на заложените възложителя изисквания да разполага с внедрена система за управление на качеството, сертифицирана съгласно стандарт EN ISO 9001 в актуална версия или еквивалент, чийто обхват да включва дейности, сходни с предмета на настоящата поръчка възможности.

Както правилно сочи жалбоподателят реквизит на всеки издаден сертификат съгласно стандарта EN ISO 9001 за внедрена система за управление на качеството е неговият предметен обхват, който обаче следва да се преценява и в съдържателен аспект. В тази връзка, както правилно Р. отбелязва, видно от предметния обхват на сертификата, в него са включени проектиране и внедряване на „системна интеграция, включително доставка и поддръжка на оборудване, софтуер и лицензи“, както и на „SAAS (software as a service)“, които по същността си са софтуер и попадат в обхвата на понятието за разработване на информационна система. Това обстоятелство се потвърждава и удостоверява от сертифициращата организация. В случая писмото на сертифициращата организация не е сметено от Р. като доказателства за еквивалентна мярка по смисъла на чл. 64, ал. 7 ЗОП. Същото не се явява приложение към сертификата, нито част от него, но по безспорен начин удостоверява неговото съдържание и въз основа на него може да се направи преценка на обхвата на сертификата спрямо изискванията на възложителя. Още повече, че възможността икономическите оператори „да допълнят или пояснят сертификатите, получени съгласно членове 60 и 62 (от които член 62 регламентира „Стандарти за осигуряване на качеството и стандарти за екологично управление“), е предвидена и в чл. 59, параграф 4. поел, предл. от Директива 2014/24/ЕС.

В случая липсата на правилна преценка е довела до неоснователното отстраняване на участника, поради което законосъобразно Р. е приел, че е налице нарушение на посочените по-горе разпоредби.

С оглед извода за наличие на едно от вменените две нарушения следва да бъде обсъден и третият елемент на фактическия състав на понятието за "нередност" по смисъла на 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, а именно – вредата.

Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на Съда на Европейския съюз (СЕС), че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (вж. например: решение I. v С., С-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; решение Chambre LTIndre, С-465/10, EU:C:2011:867, т. 47; решение Firma, С-59/14, EU:C:2015:660, т. 24; както и решение Wгосуaw, EU:C:2016:562, т. 44). Доколкото не може да се изключи възможността допуснатите нарушения да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то налице е основание за определяне на финансова корекция. Т.к. естеството на допуснатите нарушения не позволява да се определи тяхното точно финансово отражение върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ е приложил пропорционалния метод.

Р. правилно е квалифицирал нарушението по т. 2 от решението, като нередност по т. 14 от Наредбата „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“, за което нарушение е предвидена финансова корекция в размер на 25 %.

Оспореният административният акт е издаден и при съобразяване на целта на закона: Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗУСЕФСУ средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициера и при осигуряването на публичност и прозрачност. Допуснатите нарушения на ЗОП в случая представлява нарушение, водещо до незаконосъобразно разходване на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, което е в противоречие с целта на закона. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Съюза размера на средствата от съответните фондове, който е неправомерно разходван.

Съобразно изложеното съдът приема, че не са налице основания за отмяна на оспореното решение, поради което жалбата се явява неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал. 3 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 /двеста/ лв., определен на основание чл. 78, ал. 8 ГПК вр. чл.

144 АПК, вр. чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, Трето отделение, 44 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Комисия за защита на конкуренцията, със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], с БУЛСТАТ:[ЕИК], представлявана от Ю. Р. Н. - председател на Комисията, срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК - 2024 - 361/04.01.2024 г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (УО на ОПДУ), с което е определена финансова корекция в размер на 25 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № ДВГ-45/15.12.2021 г. с предмет „Надграждане на публичния регистър и информационната система на Комисия за защита на конкуренцията“, сключен с изпълнител „СТЕМО“ ООД.

ОСЪЖДА Комисия за защита на конкуренцията, със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], с БУЛСТАТ:[ЕИК], да заплати на Министерски съвет на Република България сумата от 200 (двеста) лева, представляваща разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок от съобщаването му до страните пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: