

# РЕШЕНИЕ

№ 2998

гр. София, 10.05.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,**  
в публично заседание на 08.04.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Даниела Гунева**

при участието на секретаря Клавдия Дали, като разгледа дело номер **151** по описа за **2021** 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 структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ8, във връзка с чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на Институт по информационни и комуникационни технологии при Б. /ИИКТ/ срещу Решение № 09-109/09.12.2020 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по Договор № 11 Р./2020 г. от 05.10.2020 г. с изпълнител [фирма] с обща стойност 1 940 000 лв. без ДДС и с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на петнабайти“.

В жалбата е посочено, че оспореното решение е незаконосъобразно и се моли същото да бъде отменено. Претендират се разноски – юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. Г., която поддържа подадената жалба и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски. Прави възражение за прекомерност на претендираното от ответника юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - изпълнителния директор на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“ – в съдебно заседание не се явява, представлява се от юрист С., който оспорва подадената жалба и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на претендираното от жалбоподателя юрисконсултско възнаграждение.

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

Институт по информационни и комуникационни технологии при Б. /ИИКТ/ е бенефициент по Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-003 „Център за върхови постижения по Информатика и информационни и комуникационни технологии“.

В изпълнение на проекта с Решение № 393/19.05.2020 г. е обявена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на петабайти от данни“ в ИИКТ при Б.. ИИКТ в качеството му на възложител е провел обществена поръчка с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на петабайти от данни“ в ИИКТ при Б. в изпълнение на проект „BG05M2OP001-1.001-003 „Център за върхови постижения по Информатика и информационни и комуникационни технологии“ по оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. Сключен е Договор № 11РОП/05.10.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 940 000 лв. без ДДС.

Във връзка с така проведената открита процедура по ЗОП и подадения от бенефициента пакет отчетни документи е извършена проверка на законосъобразността и от страна на УО на ОП НОИР, при която е констатирано използване на ограничителни критерии за подбор. До бенефициента е изпратено писмо, в което е изразено съмнение за нередност, което е посочено като основание за налагане на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ в размер на 5 % от предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ по Договор № 11 Р./2020 г. от 05.10.2020 г. с изпълнител [фирма] с обща стойност 1 940 000 лв. без ДДС и с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на петнабайти“. На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, е предоставен на бенефициента срок от 2 седмици от получаване на писмото, да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства и пояснения.

От ИИКТ-Б. е постъпило писмо с изх. № 963/03.11.2020 г., в което бенефициентът е възразил срещу така констатираното нарушение, като е изложил подробно аргументите си по всяка от констатациите на УО на ОП НОИР.

След като се е запознал с възраженията на жалбоподателя, Ръководителят на УО на ОП НОИР, е издал Решение № 09-109/09.12.2020 г. От представената по делото разпечатка от ИСУН е видно, че същото е изпратено на бенефициента на 09.12.2020 г. и е отворено от него на същата дата. С оспореното решение е определена финансова корекция в размер на 5 % 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 или сума в размер на 1 940 000 лв. без ДДС /2 328 000 лв. с ДДС/ по Договор № 11 Р./2020 г. от 05.10.2020 г. с изпълнител [фирма] ДДС и с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на петнабайти“. Финансовата корекция възлиза на сумата от 97 000 лв. без ДДС и 116 400 лв. с ДДС.

С процесното решение е потвърдена констатацията за наличие на нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП и § 2, т. 41 от ДР на ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 от ЗОП.

Прието е, че установеното нарушение се изразява в използването на критерий за подбор, който ограничава достъпа на участниците до участие. Посоченото нарушение е определено като нередност по т. 11 „б“ (случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“) от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн. ДВ. бр. 27 от 2017 г., посл. изм. ДВ бр. 19 от 06.03.2020 г.), съставляващо нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ.

На основание чл. 2, ал. 1 във връзка с чл. 1, т. 1 от Наредбата при определяне на размера на финансовата корекцията е приложен пропорционалният метод.

При определяне на подходящия процент финансова корекция са взети предвид следните обстоятелства:

- нередността е за нарушения при възлагането на обществена поръчка след влизане в сила на ЗОП, поради което попада в обхвата на Приложение № 1 към чл. 2 от Наредбата;
- налице са всички елементи от фактическия състав на нередността по т. 11, б „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно: налице са критерии за подбор, които ограничават достъпа на кандидатите или участниците, но са получени седем оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, което обосновава определянето на по-нисък процент на финансова корекция – 5 %, тъй като е налице минимално ниво на конкуренция;
- не е налице хипотезата на чл. 11, б „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, доколкото не липсва минимално ниво на конкуренция;
- не са налице елементи на фактическия състав на нередността по т. 11, б „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като заложените условия водят до ограничение на кандидатите, но не водят до ситуация, в която само един изпълнител би могъл да изпълни поръчката;
- не са налице елементи от фактическия състав на нередността по т. 11, б „в“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като заложените условия водят до ограничение на кандидатите, но са свързани с предмета на обществената поръчка.

При така установената фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149 от АПК, от лице, имащо правен интерес от оспорване, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Оспореното решение е издадено от компетентен орган. Според 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. 6, т. 1 от У. правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж““ ръководител на управляващия орган на ОП НОИР е изпълнителният й директор. Съгласно Заповед № РД10-13/02.12.2020 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж““ и ръководител на управляващия орган на ОП НОИР, И. Н. П. е определен за негов заместник по време на отсъствието му в периода 02.12.2020-15.12.2020 г.

Съдът приема, че оспореното решение е издадено от компетентен орган. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

При издаването на процесното решение не са допуснати съществени процесуални нарушения.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 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 по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

По делото е приложено писмо на Ръководителят на УО на ОП НОИР, с което бенефициентът е уведомен за съмненията за нередност и, в което на основание чл. 73 ал. 2 от ЗУСЕСИФ е определен двуседмичен срок за предоставяне на писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, така както е посочено от законодателя в разпоредбата на чл. 73 ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

От страна на бенефициента е подадено възражения в срока по чл. чл. 73 ал. 2 от ЗУСЕСИФ, което е разгледано от Ръководителят на УО на ОП НОИР, но по същество е прието за неоснователно.

Оспореното решение не е издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Посоченият срок е инструктивен и изтичането му не преклудира правото на УО да приложи финансова корекция за установената нередност. Поради това издаването на административния акт след 1-месечния срок по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ не представлява съществено процедурно нарушение, което да обосновава незаконосъобразност на акта.

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

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ). Съгласно чл. 2. ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, Нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и

документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

Съдът следва да съобрази, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

Конкретно трябва да се извърши проверка, дали са налице сочените от УО на ОП НОИР нарушения, изразяващи се в използване на критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка във връзка със заложеното изискване в процедурата и в случай, че са извършени такива - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В конкретния случай е констатирано нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП и § 2, т. 41 от ДР на ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 от ЗОП – използване на ограничителни критерии за подбор.

Видно от представената документация, във връзка с проведената открита процедура с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на пентабайти от данни“ в ИИКТ при Б. в раздел III Правна, икономическа, финансова и техническа информация от Обявлението за обществена поръчка, т. III.1.3) Технически и професионални възможности е заложеното изискване участниците да разполагат с екип от експерти, пряко ангажирани с изпълнението на поръчката, които да отговарят на слените изисквания:

1. Ключов експерт „Ръководител на проекта/административен ръководител“

- висше образование, образователно квалификационна степен /О./ „магистър“;

- минимум три години професионален опит;

- ръководител на минимум един проект, включващ доставка и имплементация на комплексни ИТ решения/системи;

2. Ключов експерт „Технически ръководител на проекта“

- висше образование, образователно квалификационна степен /О./ „магистър“;

- минимум три години професионален опит в областта на информационните технологии;

- участие в минимум един проект, включващ доставка и имплементация на комплексни ИТ решения/системи;

3. Ключов експерт „Координатор сервизно обслужване“

- висше образование, образователно квалификационна степен /О./

„магистър“ или „бакалавър“;

- документи, удостоверяващи познания в съответната област;
- минимум три години професионален опит в областта на информационните технологии;
- участие в минимум един проект, като координатор сервизно обслужване на комплексни ИТ решения, отнасящи се за подобен тип хардуерно оборудване, предложено по проекта.

Във връзка с така заложените критерии от УО на ОП „НОИР“ е определена финансова корекция в размер на 5 % върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за обществена поръчка, поради нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП – поставените ограничителни изисквания за образование и специфичен опит, са утежняващи за участниците, тъй като същите трябва да включат лица освен с изискващото се образование и такива със специфичен опит. От УО на ОП НОИР е прието, че по този начин необосновано се препятства участието на неопределен потенциален кръг лица в процедурата.

Нарушението е определено, като нередност по т. 11, б „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата – 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 приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. Съгласно т. 11, б „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, налице е нередност в случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. Прието е от органа, че възложителят е определил критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка и е налице хипотезата на т. 11, б „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Определена е финансова корекция в размер на 5 % от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Съдът намира изводите на органа относно ограничителния характер на заложените изисквания за правилен.

Съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП, възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Посочването на конкретна образователна степен за ключов експерт „Ръководител на проекта/административен ръководител“, ключов експерт „Технически ръководител на проекта“ и ключов експерт „Координатор

сервизно обслужване“, без да се допуска представянето на еквивалентни О., когато образованието е придобито в чужбина, представлява нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2 от ЗОП, тъй като притежаването на съответната О. не е единственото условие, обосноваващо възможността за изпълнение на поръчката. Както правилно е приел и УО в оспореното решение, това изискване ограничава кръга на потенциалните участници в процедурата по възлагане на обществената поръчка по отношение на чуждестранните икономически оператори, тъй като не е предвидена възможност за представяне документ, удостоверяващ равностойна образователна степен, съответстваща на изискванията в държавата, в която е придобита.

Неоснователно е направеното от жалбоподателя възражение, че изискуемите О. за експертите са съобразени изцяло с Б. декларация, подписана от членовете на ЕС, включително и Република България, по силата на която страните, членуващи в ЕС, се ангажират да въведат тристепенна система на висше образование. Тази декларация касае единствено страните членки на ЕС. Позоваването на декларацията не доказва липса на ограничителен характер на заложените изисквания за притежаване на точно определена О.. От възложителя е следвало да бъде предвидена и възможност за евентуално участие на икономически оператори не само от държави-членки на ЕС, но и от държави, които са извън ЕС. Недоказано е твърдението в жалбата, че степените на образование и в държави, които не са членки на ЕС, са идентични с тези в Б. декларация.

Поставянето на изискване за притежаването на точно определена О. е с ограничителен характер и на още едно основание – компетентността на посочените експерти следва да бъде съобразена с характера на дейността, възложена с обществената поръчка. Съществува възможност едно лице да притежава необходимата за изпълнението на дейностите по възложената обществена поръчка компетентност и без да притежава посочената като задължително изискване О., в случай че същото притежава допълнителна квалификация, което не е съобразено от възложителя при определянето на изискванията относно компетентността на експертите, с което е ограничен кръгът на потенциалните участници.

Неоснователно е и възражението, че заложените изисквания за образование са в съответствие с Националната класификация на професиите и длъжностите /НКПД/. Дали изискванията са съобразени с НКПД не е от значение при преценката на заложените от възложителя изисквания и дали същите имат ограничителен характер или не. Дори и изискуемата О. да е в съответствие с НКПД, то това не освобождава възложителя от задължението му да предвиди представянето на документ, удостоверяващ притежаването на еквивалентна образователна степен.

Заложените изисквания за притежаването на минимум три години професионален опит за ключов експерт „Ръководител на проекта/административен ръководител“, както и три години професионален опит в областта на информационните технологии за ключов експерт „Технически ръководител на проекта“ и ключов експерт „Координатор сервизно обслужване“, също са ограничителни и необосновани, предвид



характера на обществената поръчка. Съгласно § 2, т. 41 от ДР на ЗОП, "професионална компетентност" е наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения. Тълкуването на тази разпоредба, налага извода, че за да се приеме, че едно лице притежава професионална компетентност за изпълнение на определена дейност, част от предмета на възложена обществената поръчка, по отношение на това лице следва да бъдат представени доказателства, относно всички придобити от него знания и умения, свързани със същината на съответната дейност. Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. В. може да изисква от кандидата или участника да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, в случай че изискването не се използва като показател за оценка на офертите. Въвеждането на изискване за определена професионална компетентност по отношение на тримата експерти, а именно притежаването на минимум три години професионален опит от възложителя е негово право, но в същото време за него е налице и задължение да съобрази този критерий с дейностите, предмет на обществената поръчка. В случая, възложителят не е изпълнил това свое задължение. По отношение на ключов експерт „Ръководител на проекта/административен ръководител“ и посочено изискване за притежаване на минимум три години професионален опит, но не е посочена областта, в която следва да бъде придобит този опит, за да се приеме, че заложеното изискване е относимо към изпълнението на дейностите, възложени с обществената поръчка. По отношение на ключов експерт „Технически ръководител на проекта“ и ключов експерт „Координатор сервизно обслужване“, е въведено изискване за притежаването на три години професионален опит в областта на информационните технологии също е необосновано. Същото не съответства на сложността на обществената поръчка. Както правилно е прието в оспореното решение, предметът на поръчката е доставка, поради което не е доказан специфичен характер на обществената поръчка, съответно не е налице необходимост от въвеждане на специфични изисквания по отношение на професионалния опит на експертите.

Заложените изисквания към експертите за образование и специфичен опит, разглеждани в тяхната съвкупност препятстват участието на неопределен потенциален кръг лица в процедурата. Б. не е предложил аргументи каква е обвързаността между образование и специфичен опит в областта на информационните технологии и предмета на обществената поръчка. По този начин се ограничава участието на лица с необходимата професионална квалификация и опит, както и на тези, които не притежават посочената О., но които биха могли да изпълнят дейността с необходимото качество и в указания срок.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки

възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция. Действително изискванията към участниците в процедурата се определят от възложителя в рамките на неговата оперативна самостоятелност и при съобразяване с цялостната фактическа обстановка по конкретната поръчка. Но оперативната самостоятелност не означава да се дерогират законовите изисквания, в случая на принципите залегнали в чл. 2 от ЗОП. Оперативната самостоятелност е възможността на органа да избира измежду няколко възможни решения, всяко от които е в еднаква степен законосъобразно, но в различна степен целесъобразно. В случая, в противоречие с чл. 2, ал. 2 ЗОП от възложителя са въведени ограничаващи критерии. Законът принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната се отнася само до такива изисквания, които необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка, както е констатирано в конкретния случай.

В оспореното решение правилно е посочено, че поради естеството на нарушенията и невъзможност да се определи точния размер на финансовите последици, УО прилага пропорционалния метод, в съответствие с чл. 5 на Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

В процесния случай, предвид спецификата на установеното нарушение, не е възможно да се определи точен размер на загубата на публични средства. Няма как да се установи колко други кандидата биха участвали в обществената поръчка и какви условия биха оферирали, за да се определи разликата между употребените средства при и без нарушенията. В случая като настоящия, когато количественото изражение на финансовите последици е невъзможно да бъде конкретно определено, законодателят е допуснал да бъде определен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи - чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ. Издателят на акта е изложил мотиви, защо е пристъпил към приложение на пропорционалния метод. Съгласно чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението, е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи.

Констатираното нарушение попада в легалната дефиниция на нередност по

смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. и се субсумира съобразно чл. 70, ал. 2 вр. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във фактическия състав на т. 11, б „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Неоснователни са доводите на жалбоподателя, че в процесното решение не е изследвана възможността за нанасяне на вреда на средствата на ЕСИФ. Нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на доказана 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, (36) Регламент № 1303/2013 е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз. В оспорваното решение на УО на ОП „НОИР“ изрично е посочено, че размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагане на пропорционален метод и по реда на чл. 5 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като с оглед естеството на нарушенията не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражения на нарушенията върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора.

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и е в съответствие с целта му, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена.

Ответникът претендира разноски по делото, поради което и жалбоподателят следва да му заплати сумата от 100 лева, на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от ЗПП, във връзка с чл. 25 от Наредбата за заплащане на правната помощ и с оглед правната и фактическа сложност на делото.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 62 състав

### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалба на Институт по информационни и комуникационни технологии при Б. /ИИКТ/ срещу Решение № 09-109/09.12.2020 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по Договор № 11 Р./2020 г. от 05.10.2020 г. с изпълнител [фирма] с обща стойност 1 940 000 лв. без ДДС и с предмет „Доставка на система с възможност за съхранение и обработка на петнабайти“.

**ОСЪЖДА** Институт по информационни и комуникационни технологии при Б. с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], [жилищен адрес] да заплати на Изпълнителна агенция Оперативна програма

„Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 сумата от 100 лв. /сто/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

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

**СЪДИЯ:**