

РЕШЕНИЕ

№ 5146

гр. София, 06.10.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,
в публично заседание на 08.09.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Анета Юргакиева

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **4458** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Държавна агенция „Електронно управление“ (Д.), представлявана от председателя А. Т., срещу Решение № ФК-2020-232 от 12.05.2020г., издадено от директора на Дирекция „Добро управление“ в Министерския съвет качеството на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ), с което на Д. в качеството на бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.005-0001-C01 е наложена финансова корекция в размер на 3 393 939,36 лв., което е 10% от допустимите разходи по договор № 14/19.02.2020г. с изпълнител Консорциум „СИСТЕЛ“ Д..

Жалбоподателят счита решението за незаконосъобразно, като поддържа, че не са налице нарушения, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕС и които представляват основания за извършване на финансова корекция. В жалбата са развити подробни съображения за липсата на нарушение на т.4.2 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 на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове

(Наредбата за посочване на нередности). Основните доводи на жалбоподателя са свързани с двуетапния характер и спецификите на ограничената процедура, каквато е и процесната процедура за възлагане. Въз основа на тях се иска отмяна на решението за налагане на финансова корекция. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. М., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски съгласно представен списък.

Ответникът – директорът на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет като Ръководител на УО на ОПДУ, чрез процесуален представител ст. експ. К., оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Моли тя да бъде оставена без уважение и претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

Държавна агенция „Електронно управление“ е бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.005-0001-C01/25.10.2018 г. за изпълнение на проект „Надграждане и развитие на Държавен хибриден частен облак за нуждите на електронното управление“.

В изпълнение на проекта е проведена ограничена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Проектиране, изграждане и пускане в експлоатация на Държавен хибриден частен облак (ДХЧО) и защитен интернет възел за публични услуги на електронното управление“, номер на поръчката в РОП 05397-2019-0005.

При извършена последваща проверка от УО са констатирани нарушения при провеждане на процедурата.

С писмо изх. № 02.50-60/14.04.2020г. Д. е уведомена за резултатите от проверката, както и за това, че за констатираните нарушения е предвидено налагането на финансова корекция по т. 4.2 от Приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности. С писмото е предоставена възможност на бенефициента в двуседмичен срок да представи писмени възражения и доказателства.

Жалбоподателят се е възползвал от правото си да направи възражения и е депозирал такива с писмо изх. № Д. 8795 от 24.04.2020г. Възраженията са разгледани от Ръководителя на УО и приети частично за основателни.

С Решение № ФК-2020-232 от 12.05.2020г., издадено на основание чл. 73, ал. 1 - 3 от ЗУСЕСИФ от И. П. - директор на Дирекция „Добро управление“ в Администрацията на Министерския съвет в качеството на ръководител на УО на ОПДУ, на Държавна агенция „Електронно управление“ като бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.005-0001- C01/25.10.2018 г. е определена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 14/19.02.2020 г., сключен с изпълнител КОНСОРЦИУМ „СИСТЕЛ“ Д., финансирани по ОПДУ.

Фактическите и правни основания за налагане на финансовата корекция съобразно решението са следните:

Решение № Д.-2414 и обявлението за откриване на процедурата е изпратено до АОП на 19.02.2019 г., като е посочен срок за подаване на заявления за участие до 22.03.2019 г.

1. В обявлението и документацията на обществената поръчка като критерии относно техническите и/или професионалните възможности на икономическите оператори (което може да доведе до тяхното изключване) е посочено като изискване кандидатът да е изпълнил през последните 5 години, считано от датата на подаване на

заявлението за участие, дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на настоящата поръчка. Под „сходни с предмета на настоящата поръчка“ следва да се разбират: доставка и въвеждане в експлоатация на комуникационно и сървърно оборудване, доставка на софтуерни продукти за виртуализация или облачни услуги, изграждане на центрове за данни, поддръжка на комуникационни и сървърно оборудване и дейности по системна интеграция (кумулятивно). За доказване на посоченото изискване кандидатът трябва да представи към заявлението за участие списък на дейностите (образец № 4), които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с доказателство за извършената дейност.

На 07.03.2019 г. е изпратено до АОП решение за одобряване на обявление за изменение, като промяната се изразява в следното: под „сходни с предмета на настоящата поръчка“ следва да се разбират следните дейности: доставка и въвеждане в експлоатация на комуникационно и сървърно оборудване, доставка на софтуерни продукти за виртуализация и облачни услуги, проектиране на центрове за данни, изграждане на центрове за данни, проектиране на облачни услуги, изграждане на облачни услуги, поддръжка на комуникационно и сървърно оборудване и дейности по системна интеграция (кумулятивно). В решението за одобряване на обявлението за изменение липсва удължаване на срока за подаване на заявления.

Според УО с промяната в изискването за сходни с предмета на обществената поръчка дейности са внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците.

2. В техническата спецификация (извадка), раздел IV „Други изисквания“, т. 5 е посочено, че участникът трябва да разполага с персонал (екип за изпълнение) с минимална професионална компетентност за изпълнението на поръчката, както следва: експерт мрежови технологии - 1 брой с квалификация и професионален опит:

висше образование с минимална образователно - квалификационна степен: бакалавър в професионални направления: информатика и компютърни науки, комуникационна и компютърна техника, електротехника, електроника и автоматика или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина; експерт информационна сигурност - 1 брой с квалификация и професионален опит: висше образование с минимална образователно - квалификационна степен: бакалавър в професионални направления: информатика и компютърни науки; комуникационна и компютърна техника; електротехника, електроника и автоматика; математика или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина; експерт инсталация, конфигурация и поддръжка на мрежова инфраструктура - 2 броя с квалификация и професионален опит: висше образование с минимална образователно - квалификационна степен: бакалавър в едно от изброените професионални направления - комуникационна и компютърна техника; електротехника, електроника и автоматика или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина;. експерт инсталация, конфигурация и поддръжка на сървърна инфраструктура - 1 брой с квалификация и професионален опит: висше образование с минимална образователно - квалификационна степен: бакалавър в следните професионални направления: информатика и компютърни науки; комуникационна и компютърна техника; електротехника, електроника и автоматика или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина;. експерт софтуер за виртуализация - 1 брой с квалификация и професионален опит: висше образование с минимална образователно -

квалификационна степен: бакалавър в професионални направления: информатика и компютърни науки; комуникационна и компютърна техника; електротехника, електроника и автоматика; математика или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина; експерт дискови масиви - 1 брой с квалификация и професионален опит: висше образование с минимална образователно - квалификационна степен: бакалавър в професионални направления: информатика и компютърни науки; комуникационна и компютърна техника; електротехника, електроника и автоматика или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина.

В изпратеното до АОП Решение за одобряване на обявление за изменение е променено следното:

В техническата спецификация (извадка), раздел IV „Други изисквания“, т. 5 изискванията към всички експерти (без ръководител на екип) за образование с придобита минимална образователно - квалификационна степен (ОКС) придобиват следната редакция: висше образование с мин. ОКС „бакалавър“ или по-висока в областите „Технически науки“ или „Природни науки, математика и информатика“ или еквивалентна ОКС, придобита в чужбина. Останалите изисквания към всеки от екипа остават непроменени.

Според Ръководителя на УО с промяната от изискване за професионално направление към изискване за област (която включва допълнителни професионални направления) са внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците.

Ръководителят на УО е преценил извършените изменения като съществени и е приел, че с тях възложителят е променил изискванията в обявлението и документацията по поръчката след законоустановения 14-дневен срок и не е удължил срока за получаване на заявленията за участие. Според административния орган, с това е нарушен чл. 100, ал. 7, т. 1 във вр. с чл. 100, ал. 3 от ЗОП, както и чл.2, ал.1, т.1,2 и 4 от ЗОП, като по този начин е осъществен състава на нередност по 4.2 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - липса на удължаване на обявения срок за получаване на заявления за участие при съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка. Посочил е, че установеното нарушение има финансово отражение, предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно. Обосновал е, че е налице както съществено нарушение, изразяващо се в липса на удължаване на срока за получаване на заявленията за участие, така и финансово влияние на нарушението, тъй като кандидатите не са имали достатъчно време да актуализират и прецизират офертите си в съответствие с измененията на условията на обществената поръчка, което непосредствено засяга крайното класиране на кандидатите/участниците в процедурата, като по този начин не се гарантира обективно определяне на изпълнителя на обществената поръчка, който е предложил икономически най-изгодната оферта.

Финансовата корекция е определена по пропорционалния метод в размер на 10%. При определяне размера на финансовата корекция по реда на чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ УО на ОПДУ е отчетел прогнозната стойност на поръчката (28 650 483,33 лв. без ДДС), наличието на трансграничен ефект и обстоятелството, че е осигурено минимално ниво на конкуренция - получени са повече от едно заявление за участие, съответно повече от една оферта.

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. По същество е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед № Р-90/10.05.2017г. на министър-председателя, издалата оспореното решение И. П. – директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет е определена да осъществява функциите на ръководител на УО на ОПДУ. С оглед на това, процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са изискванията за форма, в това число относно мотивирането на административния акт чрез посочване на фактическите и правни основания за издаването му. Ръководителят на УО на ОПДУ е съблюдавал и установените административнопроизводствени правила - жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансови корекции, като му е предоставен двуседмичен срок за възражения. Бенефициентът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

Споът е основно относно приложението на материалния закон и по конкретното дали жалбоподателят е извършил сочените от Ръководителя на УО нарушения на чл. 100, ал.7, т.1 вр. ал.3, съответно чл. 2, ал.1, т.1,2 и 4 от ЗОП, съответно дали те съставляват нередност, за която законосъобразно е определена финансовата корекция.

Обществената поръчка с предмет с предмет „Проектиране, изграждане и пускане в експлоатация на Държавен хибриден частен облак (ДХЧО) и защитен интернет възел за публични услуги на електронното управление“ е проведена като ограничена процедура съгласно чл.20, ал.1, т.4 от ЗОП. Съгласно чл.18, ал.3 ЗОП ограничена процедура е тази, при която оферти могат да подадат само кандидати, които са получили покана от възложителя след проведен предварителен подбор. Процедурата е двуетапна – на първи етап се подават заявления за участие, а на втори етап се подават оферти от кандидатите, които са избрани и поканени, т.е. при ограничената процедура заявлението не включва оферта, каквато се подава на по-късен етап (чл.18, ал.3, чл.75, ал.2, чл.166, чл.167 ЗОП), след отправянето на покана до одобрените кандидати.

Съгласно чл. 100, ал.1 ЗОП (в приложимата към датата на процедурата редакция) възложителят може, по собствена инициатива или по искане на заинтересовано лице, еднократно да направи промени в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, в поканата за потвърждаване на интерес, в документацията за обществената поръчка и в описателния документ. Според ал.3 обявлението за изменение и решението, с което то се одобрява, се изпраща за публикуване в РОП, в 14-дневен срок от публикуването в РОП на обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата. След изтичането на сроковете по ал. 3 – 5 възложителят може да публикува многократно обявления за изменение или допълнителна информация за промени в условията на процедурата само когато удължава обявените срокове (ал.6). Възложителят е длъжен да удължи сроковете за получаване на оферти, когато случаите по ал. 1 са внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците(ал.7, т.1). Съгласно ал.10 с обявлението за изменение или допълнителна информация в случаите на промени по ал. 7, т. 1 възложителите не трябва да въвеждат условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица.

Видно от посочените алинеи на чл.100 ЗОП, тълкувани във връзка една с друга, в рамките на установения 14 –дневен сок от публикуването в РОП на обявлението за поръчката, възложителят има право еднократно да извърши всякакви промени в посочените документи (обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, поканата за потвърждаване на интерес, документацията за обществената поръчка и описателния документ), но ако тези промени касаят съществени изменения в условията по обявената поръчка, така че да налагат промяна в офертите, следва да бъдат удължени обявените срокове за получаване на оферти. При всички случаи обаче с измененията не могат се въвеждат условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица – такъв извод се налага и по аргумент от разпоредбата на чл.110, ал.1, т.9 ЗОП, която предвижда прекратяване на процедурата, когато са необходими съществени промени в условията на поръчката, които биха довели до промяна в кръга на заинтересованите лица.

Анализът на приложимите разпоредби налага извод за основателност на наведените от жалбоподателя доводи, че изискването на чл.100, ал.7 ЗОП е неотнормимо към процесната процедура за възлагане. Както основателно се сочи в жалбата, доколкото измененията са направени на четиринадесетия ден от публикуването в РОП на обявлението за процедурата, тоест в срока за подаване на заявление за участие в процедурата, то срокът за получаване на оферти въобще не е бил започнал да тече, респективно няма причина и основание той да бъде удължаван. Съгласно чл. 165, ал.2 ЗОП минималният срок за получаване на оферти при ограничена процедура е 35 дни *от датата на изпращане на поканата за представяне на оферти*. Видно от цитираната разпоредба, в ограничената процедура срокът за представяне на офертите е относително определен – в зависимост от изпращането на поканата до избраните кандидати. Следователно, към момента, когато е публикувано в РОП обявлението за изменение, визирият в разпоредбата на чл.100, ал.7, т.1 ЗОП срок за приемане на оферти не е бил започнал да тече и възможността за спазването му от поканените да подадат оферти кандидати на следващия етап от процедурата не е била по никакъв начин от извършените промени.

На второ място, направените промени, свързани с определянето на понятието „сходни дейности“, не са относими към офертата, съответно не налагат промяна в съдържанието ѝ. Офертата включва единствено техническото и ценово предложение на участника, а изискването, за което се отнася дефиницията за сходни дейности, касае техническите и професионални способности на кандидатите, т.е. критериите за подбор, които обаче имат значение на фазата на предварителния подбор при преценката за съответствието на участника с поставените изисквания. Въпреки че според съда направените изменения са съществени, тъй като поставянето на доставката на софтуерни продукти за виртуализация и облачни услуги в условията на кумулативност стеснява кръга на дейностите, които се приемат за сходни с предмет на поръчката, а с добавянето на проектирането на облачни услуги и изграждане на облачни услуги се включват две нови дейности, които се приемат като сходни с предмета на поръчката, това не е достатъчно, за да се приеме, че е изпълнена хипотезата на чл.100, ал.7, т.1 ЗОП, тъй като измененията не налагат промяна в офертите.

Що се отнася до измененията, касаещи квалификацията на членовете на екипа за изпълнение на поръчката, същите засягат показанията за оценка на офертите и в този смисъл биха могли да имат отношение към съдържанието на офертата. Както обаче беше казано, доколкото при процесната опростена процедура офертите не се подават заедно със заявлението, а на по-късен етап, съответно към датата на промяната за тях въобще не е започнал да тече срок, изискването на чл.100,ал.7 ЗОП за удължаване на срока за получаване на оферти не е приложимо. На следващо място, според съда, промяната в изискванията към служителите, изразяваща се в замяна на първоначално изброените професионални направления с възможни области на висшето образование, не е съществена, тъй като не се утежняват условията за потенциалните кандидати и не се затруднява участието им в процедурата. Видно от Класификатора на областите на висше образование и професионалните направления, приет с ПМС № 125 от 24.06.2002г., първоначално изброените професионални направления са обхванати от впоследствие посочените области на висше образование, следователно промяната не би могла да повлияе на потенциалните кандидати, които вече са формирали интерес за участие в процедурата. Ако пък се приеме, че в резултат на изменението се разширява кръга на заинтересованите лица, доколкото в посочените области на висше образование се включват и други професионални направления, т.е. интерес към процедурата биха могли да заявят и лица, които разполагат само с експерти, чиято професионална квалификация е придобита по други професионални направления извън първоначално посочените, но обхванати от указаните професионални области, то тогава би била нарушена забраната по чл.100, ал.10 ЗОП. Ръководителят на УО обаче изрично е заявил, че не се прави констатация за нарушаване на чл.100, ал.10 ЗОП и не е формирал изводи за нередност на това основание. В тази връзка следва да се отбележи, че ако е извършено нарушение на чл. 100, ал.10 ЗОП, то няма как едновременно с това да е извършено и нарушение на чл.100, ал.7, тъй като при въвеждането на условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица, следва да се пристъпи към прекратяване на процедурата съгласно чл.110, ал.1,т.9 ЗОП, а не да се удължава срока за получаване на оферти. В този случай обаче нарушението би следвало да се квалифицира като друга категория нередност, каквато в процесното решение не се твърди да е осъществена.

Предвид всичко изложено дотук съдът приема, че извършвайки описаните изменения в условията на обявената поръчка, без да е удължил сроковете за подаване на заявленията, респективно офертите, жалбоподателят в качеството си на възложител, не е нарушил разпоредбата на чл.100, ал.7,т.1 вр. ал.3 ЗОП, следователно не е осъществил твърдяната от Ръководителя на УО нередност, поради което неоснователно му е наложена финансовата корекция. С оглед на това оспореното решение на Ръководителя на УО на ОПДУ се явява незаконосъобразно поради противоречие с материалния закон и като такова следва да бъде отменено.

При този изход на спора следва да бъде уважена претенцията на жалбоподателя за присъждане на разносните по делото в общ размер на 2000 лева, съгласно представения списък.

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

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Държавна агенция „Електронно управление“ Решение № ФК-2020-232 от 12.05.2020г., издадено от директора на Дирекция „Добро управление“ в Министерския съвет като ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“, с което по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.005-0001-C01 е наложена финансова корекция в размер на 10% от допустимите разходи по договор № 14/19.02.2020г. с изпълнител Консорциум „СИСТЕЛ“ Д..

ОСЪЖДА Администрацията на Министерския съвет да заплати на Държавна агенция „Електронно управление“ разноски по делото в размер на 2000 (две хиляди) лева.

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

СЪДИЯ: