

РЕШЕНИЕ

№ 4078

гр. София, 17.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 61 състав,
в публично заседание на 26.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Немска

при участието на секретаря Дора Тинчева, като разгледа дело номер **2738** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба от Столична община със седалище и адрес на управление – [населено място], район „О.“, [улица], представлявано от кмета Й. Ф. чрез адв.Л. Ц. –Б. със съдебен адрес – [населено място], [улица], ет.1 срещу Решение № РД-02-36-251/28.02.2022г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на УО на ОП“Региони в растеж“, постановено във връзка със сигнал № 1754.

В жалбата се излагат аргументи за незаконосъобразност на оспореното решение, поради допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, липса на доказателства за компетентност на административния орган, издал акта. Конкретно е посочено, че не е спазен, срокът предвиден в нормата на чл.73 ал.3 от ЗУСЕСИФ. Нерезделянето на предмета на поръчките на обособени позиции според представителя на Столична община е въпрос на целесъобразност, но не и на законосъобразност. Твърди се, че не са настъпили вреди. В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от адв.Ц., която поддържа жалбата и моли да бъде отменено оспореното решение. Претендира разноски по представен списък. Представя писмени бележки.

Ответникът по жалбата - Ръководителят на УО на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г. /ОППР/ и Заместник министър на регионалното развитие и

благоустройството – г-жа Д. И. чрез процесуалния си представител – юриконсулт Л. К. оспорва жалбата. Моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. В съдебно заседание претендира присъждане на разноски по делото и прави възражение за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение от жалбоподателя. Представя писмени бележки.

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

Жалбоподателят Столична община е бенефициент по договор за БФП процедура на директно предоставяне BG16RFOP001-5.001 „Подкрепа за деинституционализация на грижите за деца“ № от ИСУН BG16RFOP001-5.001-0030-C01, № РД-02-37-24/21.02.2018г.

В изпълнение на договора за БФП е проведена обществена поръчка – открита процедура по ЗОП по обособени позиции за доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване на нови социални услуги в общността на територията на Столична община в изпълнение на проекти. Настоящата поръчка е разделена на 4 обособени позиции, както следва:

Обособена позиция № 1: „Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0030-C01 „Осигуряване на инфраструктура за създаване на 5 нови социални услуги в общността“ в обект е местонахождение: [населено място],[жк], [улица].

Обособена позиция № 2: „Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0030-C01 „Осигуряване на инфраструктура за създаване на 5 нови социални услуги в общността“ в обект е местонахождение: [населено място], р-н П., ж. к. „Х. Д.“, [улица].

Обособена позиция № 3: „Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0030-C01 „Осигуряване на инфраструктура за създаване на 5 нови социални услуги в общността“ в обект е местонахождение: [населено място], р-н О. купел,[жк], ул. „Х. Стефчов“ № 2.

Обособена позиция № 4: „Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0048-C01 „Осигуряване на инфраструктура за създаване на 2 нови социални услуги в общността на територията на Столична община“ в обект е местонахождение: [населено място], р-н В.,[жк], ул. „305“ № 1.

В резултат от проведената процедура са сключени следните договори с изпълнител:

- № BG16RFOP001-5.001-0030-C01-D-3/16.01.2019 г. (друг рег. № СОА19-ДГ55-25/16.01.2019 г.) с изпълнител [фирма], стойност - 202 595 лв. без ДДС, по Обособена позиция № 1: "Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0030-C01 "Осигуряване на инфраструктура за създаване на 5 нови социални услуги в общността" в обект е местонахождение: [населено място],[жк], [улица];

- № BG16RFOP001-5.001-0030-C01-D-4/15.01.2019 г. (друг рег. № СОА19- ДГ55-16/15.01.2019 г.) с изпълнител Кооперация "П.", стойност: 57 895, 00 лв. без ДДС по Обособена позиция № 2: "Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0030-C01 "Осигуряване на инфраструктура за създаване на 5 нови социални услуги в общността" в обект е местонахождение: [населено място], р-н П.,[жк], [улица];

- № BG16RFOP001-5.001-0030-C01-D-8/19.02.2019 г. (друг рег. № СОА19-ДГ55- 89/19.02.2019 г.) с изпълнител [фирма], стойност - 71 350 лв. без ДДС,

по Обособена позиция № 3: "Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0030-C01 "Осигуряване на инфраструктура за създаване на 5 нови социални услуги в общността" в обект с местонахождение: [населено място], р-н О. купел,[жк], [улица];

- № BG16RFOP001 -5.001-0048-C01 -Д-3/15.01.2019 г. (друг рег. № СОА №19- ДГ55-15/15.01.2018 г.) с изпълнител Кооперация "П.", стойност - 129 245,00 лв. без ДДС, по Обособена позиция № 4: "Доставка и монтаж на обзавеждане и оборудване по проект № BG16RFOP001-5.001-0048-C01 "Осигуряване на инфраструктура за създаване на 2 нови социални услуги в общността на територията на Столична община" в обект с местонахождение: [населено място], р-н В.,[жк], ул."305" № 1.

В УО на ОПРР е получен сигнал за нередност рег. № 1754, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България. Въз основа на сигнала е стартирала процедура по чл.73 от ЗУСЕСИФ.

С писмо изх.№ 99-00-6-878/21.12.2021 Р. на ОПРР е предоставил двуседмичен срок на жалбоподателя да представи бележки и възражения по констатираните нередности и предвидената корекция за тях, включително и писмени доказателства.

В УО на ОПРР е постъпило чрез ИСУН, становище с вх.№ BG16RFOP001-5.001-0030-C01-M094/04.01-2022г. от жалбоподателя с твърдения за липса на извършени нарушения, респективно нередности.

С Решение № РД-02-36-251/28.02.2022г на Р. на ОПРР е установено извършено нарушение, допуснато от бенефициента - Столична община, представляван от кмета на общината г-жа Й. Ф. – „неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“ - чл. 49, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл.46 ал.1 от ЗОП и на чл.2 ал. 2 от ЗОП, което нарушение е квалифицирано като нередност по т. 11 от Раздел III към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от 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. С решението е определена финансова корекция на жалбоподателя в размер на

5 % от стойността на допустимите разходи по договор по договор № BG16RFOP001-5.001- 0030-C01-D-3/16.01.2019 г. (друг рег. № СОА19-ДГ55-25/16.01.2019 г.) с изпълнител [фирма], стойност - 202 595 лв. без ДДС, по Обособена позиция № 1;

-5 % от стойността на допустимите разходи по договор № BG16RFOP001 -5.001 - 0030-C01-D-4/15.01.2019 г. (друг рег. № № СОА19-ДГ55-16/15.01.2019 г.) с изпълнител Кооперация "П.", стойност: 57 895, 00 лв. без ДДС по Обособена позиция № 2

-5 % от стойността на допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-5.001-0030-C01-D-8/19.02.2019 г. (друг рег. № СОА19-ДГ55-89/19.02.2019 г.) с изпълнител [фирма], стойност - 71 350 лв. без ДДС, по Обособена позиция № 3.

В точен размер, изчислената финансова корекция е 19 910,40 лв. (деветнадесет хиляди деветстотин и десет лева и четиридесет стотинки) с ДДС, представляваща 5 % от безвъзмездната финансова помощ по договори № СОА19-ДГ55-25/ЕЮ16RFOP001 -5.001-0030-C01 -D-3 от 16.01.2019 г. с изпълнител [фирма], [населено място], № СОА19-дг55-16/BG16RFOP001-5.001-0030-C01- D-4 от 15.01.2019 г. с изпълнител

Кооперация "П.", [населено място] и договор № СОА19-ДГ55- 89/BG16RF0POO1 -5.001-0030-C01-D-8 от 19.02.2019 г. с изпълнител [фирма], [населено място] и е разпоредено да не се верифицира при процедуране на последващи искания за плащане.

Неправомерният разход е изчислен върху стойността на всички допустими разходи по договорите с изпълнители в общ размер на 398 208,00 лв. с ДДС и следва да бъде преизчислен върху реално отчетените и допустими за верифициране разходи по договорите с изпълнители, финансирани със средства от ЕСИФ.

В хода на съдебното производство са приети писмени доказателства приложени по административната преписка, включително и административната преписка, част от която е в електронен вариант, представена на СД; удостоверение за наличие на КЕП на издателя на оспореното решение, както и СД, в което в електронен формат се съдържа копие на електронния подпис на издателя на акта.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 28.02.2022г./ лист 67 от делото/, жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 14.03.2022г. и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

По въпроса за компетентността на органа, издал обжалвания акт:

Оспореното Решение № РД-02-36-251/28.02.2022г. е издадено и подписано от заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройство и ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ (ОПРР) 2014-2020 г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано „решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта . С административната преписка е представена Заповед №РД-02- 14-1116 от 31.12.2021 г., издадена от Министъра на регионалното развитие и благоустройството, с която е определена Д. И. , заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството да ръководи и организира дейността на Управляващ орган на ОПРР 2014 - 2020 г. Съгласно чл. 7, ал. 1, т. 2, предл. 2 от ЗУСЕСИФ, органът на изпълнителната власт, отговорен за управлението на средствата от ЕСИФ е министърът, отговарящ за цялостната организация, координация и контрол на системата за управление на средствата от ЕСИФ. По силата на чл. 9, ал. 1 и ал. 4 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, които се създават като звено в администрация по реда на Закона за администрацията. В чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ е посочено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган.

Видно от заповед №РД-02-14-1116 от 31.12.2021г., министърът на регионалното развитие и благоустройството е определил зам.-министъра на регионалното развитие

и благоустройството Д. И. за ръководител на УО на ОПРР 2014-2020 г. С оглед на това обжалваното Решение изх. №РД-02-36- 908/18.06.2020 г. е издадено от компетентен орган. Предвид това, изложените възражения в жалбата за липса на компетентност на органа, издал акта са изцяло неоснователни. Акта е подписан с валиден квалифициран електронен подпис на издателят му зам.министър на регионалното развитие и благоустройството –Д. И.

2.Форма на акта:

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, 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. Съдът съобрази обстоятелството, че акта е издаден под формата на електронен документ, подписан с валиден квалифициран електронен подпис, изпратен по електронен път на жалбоподателя чрез ИСУН, поради което намира, че липсата на посочване на номера и датата на издаване на акта в самия документ/оспореното решение/, не съставлява нарушение на формата на акта, доколкото в електронния регистър /АИС/ на МРРБ се генерират автоматично и едновременно датата на подписване, издаване на акта, както и неговият номер съгласно чл.28 ал.1 т.4 от Наредба за обмена на документи в администрацията

От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл.59 ал.2 т.4 от АПК. В акта е посочена установена нередност по т.11, от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, като е прието, че същата съставлява нередност по смисъла на чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ. Оспореният акт е издаден на основание чл.70 ал.1 т.9 във връзка с чл.73 ал.1 от ЗУСЕСИФ. Доколко тези фактически и правни основания са материално законосъобразни и доколко обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

3.Административнопроизводствени правила:

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. Както вече бе посочено, за констатираните нарушения бенефициентът е уведомен с писмо изх.№ 99-00-6-878/21.12.2021 Р. на ОПРР връчено чрез ИСУН. На основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ писменото възражение на бенефициента е регистрирано под № BG16RFOP001-5.001-0030-C01-M094/04.01-2022г. Р. на ОПДУ се е запознал с възраженията и ги е инкорпорира в издаденото решение, като е приел една част от доводите на жалбоподателя за основателни.

Решение № РД-02-36-251/28.02.2022г. не е издадено точно в предвидения едномесечен срок от представяне на възраженията, така както е посочено в нормата на чл.73 ал.3 от ЗУСЕСИФ, а около 20 дни след това, но неспазване на срока от страна на административния орган, не съставлява съществено нарушение на административнопроизводствените правила, тъй като определеният от законодателят срок не е преклузивен, така както се твърди в жалбата, а е инструктивен и

неспазването му не води до нарушаване правата на защита на жалбоподателя в административното производство. В този смисъл е и установената съдебна практика на ВАС. Изложените аргументи в жалбата, че срокът е преклузивен, не намират правно основание и са неоснователни. Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Относно материалната законосъобразност 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 общо приложими 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 неправилен 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 Столична община участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г. 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 Оперативна

програма „Региони в растеж“ за програмен период 2014– 2020г., 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.

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

Съдът следва да извърши проверка, дали е извършено от жалбоподателя твърдяното нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и в случай, че е извършено такова – има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ;

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение / с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ 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

С процесния административен акт е установено едно нарушение – „неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“, което е квалифицирано като нарушение на чл.49 ал.1 от ЗОП във връзка с чл.46 ал.1 от ЗОП и на чл.2 ал.2 от ЗОП. Административният орган е пояснил в акта си, че в предмета на предвидените по процесната процедура доставки се включват различни по своята същност артикули: компютърни конфигурации, дидактични материали, офис обзавеждане, обзавеждане и оборудване за баня, обзавеждане за бокс-кухни, включително оборудване (печка, микровълнова фурна, мивка, абсорбатор, ел. кана, посуда за хранене и готвене и др.), обзавеждане за спални помещения (включително легла, постелъчни комплекти и др.), пожарогасители, детски играчки, специализирано оборудване като цветна купулна камера, позициониращ /терапевтичен/ стол за деца с увреждания, проходилка за деца с увреждания, прожектор с постоянен филтър, ултравиолетов панел, диоден тунел и др.

Въпреки че, всички артикули от предмета на поръчката имат едно и също предназначение - обзавеждане и оборудване, те по своята същност и естество са коренно различни. Това налага и необходимостта от разделянето и обособяването им в отделни обособени позиции, **като критерий за отделните позиции следва да е естеството и вида на артикулите, а не конкретния обект**, за когото са предвидени доставките. Подходящо разделяне би било по

групи продукти, например - компютърно оборудване, кухненско обзавеждане; бяла и черна техника; домашни потреби и др. Акцентирал е върху факта, че различните групи артикули не се предлагат обичайно от един доставчик, а от различни икономически оператори. Така и обединяването на артикули с различен характер, вид и естество се явява ограничително условие, тъй като оказва възпиращо действие по отношение на участието на потенциални заинтересовани лица в процедурата, и най-вече на представители на малките и средни предприятия. Ответникът е направил извод, че обединяването и на специализирано оборудване и обзавеждане на *per argumentum a fortiori* ограничава кръга от потенциални участници.

С оглед гореизложеното, УО потвърждава, че с неразделянето на предмета на обществената поръчка на обособени позиции необосновано се ограничава участието на стопански субекти в нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл. 46, ал. 1 от ЗОП и на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Нарушението е съществено и е с финансов ефект, поради неспазването на разпоредбата чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

На първо място съдът следва да посочи, че предмета на обявената обществена поръчка е разделен на 4 обособени позиции и това обстоятелство не е спорно. Неправилно, административният орган е определил от фактическа страна извършеното нарушение като изначална липса на разделяне на предмета на обществената поръчка в обособени позиции. От контекста на изложението в оспорения акт, става ясно, че се касае за неподходящи критерии за разделяне и определяне на обособените позиции, а не за липса на обособени позиции. Т.е. според издателя на акта по подходящо в конкретния случай е обособените позиции да са по –групи продукти, определени с оглед тяхното предназначение в бита- компютърно оборудване, кухненско обзавеждане; бяла и черна техника; домашни потреби.

Съгласно чл. 46, ал. 1 от ЗОП: „При подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят преценява възможността за разделянето ѝ на обособени позиции. Когато реши, че не е целесъобразно разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, в решението за откриване на процедурата възложителят посочва причините за това. В конкретния случай, възложителят на обществената поръчка –Столична община е преценил, че следва да раздели и е разделил обществената поръчка в 4 обособени позиции, като за критерий е избрал местонахождението на обекта, в който следва да се достави и монтира обзавеждане и оборудване по проекта.

Установява се безспорно, че жалбоподателят съобразявайки нормата на чл.46 ал.1 от ЗОП е разделил предмета на поръчката на обособени позиции, което изрично е посочено в Решението за откриване на процедура с номер СОА18-РД93-103 от дата 12.06.2018г. –/т. IV.6 от решението/, приложен в електронен вариант, находящ се в приетия по делото СД. В обявлението за поръчката / също приложено по административната преписка в електронен вариант, находящо се в приетия по делото СД / подробно са индивидуализирани обособените позиции.

Предвид това, настоящият съдебен състав намира, че липсва нарушение на нормата на чл.46 ал.1 от ЗОП, така както е посочено от административния орган. В нормата на чл.46 от ЗОП, законодателят не е поставил изисквания за формиране на критерии, по които следва да бъде разделена обществената поръчка на обособени позиции. Основателни са доводите в тази насока, изложени в писмените бележки на адв.Б., че административният орган оспорва решението на възложителя по целесъобразност относно избрания подход да се обособят позициите по обекти, а не по групи артикули. От тълкуването на разпоредбата на чл.46 ал.1 от ЗОП следва, че възложителите са длъжни да мотивират единствено невъзможността от разделяне на обособени позиции. По аргумент от противното, след като възложителят е решил да раздели предмета на обществената поръчка, то той не е длъжен да мотивира своето решение.

Следващата посочена нарушена норма е тази на чл.49 ал.1 от ЗОП, която въвежда правилото, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Разпоредбата се намира в Раздел II „Технически спецификации. Маркировки. Протоколи от изпитвания“, в Глава 6 „Подготовка на процедурата“. В §2, т. 54 от ДР на ЗОП е дадено легално определение на понятието „технически спецификации“, при обществените поръчки за доставки или услуги, както е в конкретния случай : спецификация във вид на документ, в който се определят изискваните характеристики на продукта или услугата, като равнище на качество, ниво на изпълнение спрямо изискванията за опазване на околната среда и климата, проектиране, което да отговаря на всички изисквания (включително достъп за хора с увреждания) и оценяване на съответствието, работни характеристики, приложение на продукта, безопасност или размери, включително съотносими към продукта изисквания по отношение на наименованието, под което се продава, терминология, символи, изпитване и методи на изпитване, опаковане, маркиране и етикетирание, инструкции за употреба, производствени процеси и методи на всеки етап от жизнения цикъл на доставката или услугата и процедури за оценяване на съответствието.

В чл. 48, ал. 1 от ЗОП законодателят е посочил по какъв начин се определят техническите спецификации, а именно: съобразно изискванията на приложимите нормативни актове в съответната област, като прилага някой от следните начини: 1. чрез посочване на работните характеристики или функционалните изисквания, включително екологичните, които позволяват точно определяне на параметрите на предмета на поръчката; 2. чрез посочване в следния ред на: а) български стандарти, които въвеждат европейски стандарти; б) европейски технически оценки; в) общи технически спецификации; г) международни стандарти; д) други стандартизационни документи, установени от европейски органи по стандартизация, или когато няма такива – чрез български стандарти, български технически одобрения или

български технически спецификации, отнасящи се до проектирането, метода на изчисление и изпълнение на строителството, както и до използването на стоките; 3. чрез определяне на работни характеристики или на функционални изисквания чрез посочване на спецификации по т. 2, позоваването на които се приема за постигане на съответствие с изискванията за работните характеристики или функционални изисквания; 4. чрез спецификации по т. 2 за част от характеристиките, а за други – чрез посочване на работните характеристики или функционалните изисквания по т. 1.

За да е налице нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП е необходимо възложителя в документацията свързана с обявяване на обществената поръчка да е заложил такива условия, които да водят до необосновани пречки пред съответните участници, като чрез въведените изисквания да не се осигурява равен достъп на кандидатите до процедурата по възлагане т.е. да са въведени такива специфични условия в техническите спецификации, които да водят до ограничение на конкуренцията.

В настоящия случай, УО на ОПРР е приел, че поради въведеното изискване от възложителя за едновременна доставка на обзавеждане и оборудване, без обществената поръчка да се раздели на отделни компоненти е нарушена посочената по-горе норма от ЗОП. Разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП касае въвеждане на специфични условия в техническите спецификации т.е. такива технически параметри или допълнителни технически характеристики по отношение на предоставената услуга, които да осигуряват равен достъп на кандидатите и да не създават обосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

Фактите установени от административния орган не водят до извод за наличие на нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. Правилен е и извода, че с оглед предмета, стойността, обема и сложността на конкретната поръчка е следвало тя да се раздели на отделни позиции, като критерият за тези позиции, бъде съобразен с факта, че са различни доставчиците на обзавеждане и тези на оборудване, но това нарушение не се субсумира в обхвата на нормата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. В конкретния случай липсват заложи от възложителя специфични условия които да касаят техническите спецификации т.е. ако възложителя беше заложил условия имащи отношение към доставката на оборудване с посочване на спецификации по отношение на компютърните конфигурации и ел.техника, това би било нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП, но липсата на разделяне на обществената поръчка на отделни компоненти, сочи на нарушение на норми от ЗОП, но не и на сочената от административния орган.

Нарушението на нормата на чл.2 ал.2 от ЗОП е изведено като такова от административния орган, въз основа на извода му за неразделяне на предмета на обществената поръчка на обособени позиции. Нормата на чл.2 ал.2 от ЗОП е обща такава и изисква спазването на заложените в нея принцип - 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. В настоящият случай се установи, че липсва нарушение на чл.49 във връзка с чл.46 от ЗОП, поради което следва да се приеме, че липсва и нарушение на чл.2 ал.2 от ЗОП.

На следващо място за пълнота на изложението, съдът констатира, че в оспорения акт е посочено, че така установеното нарушение представлява нередност по т.11 „Използване на: ... технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква б) „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“, от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от 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.

Неправилно административният орган е квалифицирал нарушението по т.11. В случай, че има нарушение на чл.46 от ЗОП, същото следва да бъде подведено като нередност по т.3 Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от 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

Неразделянето на предмета на поръчката по никакъв начин не обосновава извод за използване на „технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“. Ръководителят на управляващия орган не е направил изводи от фактическа страна, които да субсумират хипотезата на посочената квалификация. Липсват изводи за поставените в хода на процедурата критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката с оглед посочения предмет, въз основа на които да се обоснове извод за сочената квалификация.

Предвид изложеното, съдът следва да постанови решение, с което да отмени като материалнонезаконосъобразно оспореното решение на Р. на ОПРР .

С оглед изхода на спора, следва да се присъдят разноски на жалбоподателя по представения списък общо в размер на 1286,60 лева. От тях се претендират разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 1127,31 лева, заплатено по банков път и 159,29 лева заплатена държавна такса. Направеното възражение от страна на процесуалния представител на ответника за прекомерност на адвокатското възнаграждение е неоснователно, доколкото така определения и заплатен размер дори е и под установения минимум в чл.8 ал.1 т.4 от Наредба № 1/2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 61-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Столична община с ЕИК[ЕИК], с адрес на управление – [населено място], [улица], представлявана от кмета Й. Ф. чрез адв. Л. Ц. – Б. със съдебен адрес. [населено място], [улица], ет. 1, Решение № РД-02-36-251/28.02.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. и зам. министър на регионалното развитие и благоустройството

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Столична община с ЕИК[ЕИК] сумата от лева 1286,60 лева / хиляди двеста осемдесет и шест лева и шестдесет стотинки / за разноски по делото.

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

СЪДИЯ: