

РЕШЕНИЕ

№ 5841

гр. София, 06.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 13 състав,
в публично заседание на 12.09.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елица Райковска

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **5901** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Дирекция Комуникационни и информационни системи при МВР (видно от направеното уточнение в съдебно заседание – л. 464) срещу решение от 30.05.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма Околна среда /ОПОС/ 2014-2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства от ЕФСУ по сключения договор от 01.03.2023 г. с изпълнител ДЗЗД Н. СРПО на стойност 2 242 000 лева без ДДС в резултат на проведена процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“.

Жалбоподателят твърди незаконосъобразност на обжалваното решение, поради нарушение на материалния закон и несъответствие с целта на закона. Излага подробни доводи в тази насока, като по същество обосновава твърдяната незаконосъобразност с неправилност на извода, че въвеждането на изискване за специалист за проектиране, разработване на технически решения да притежава диплома за завършено висше образование с ОКС „Магистър“ или по-висока, е заложено в нарушение на чл. 59, ал. 2 ЗОПК, вр. чл. 2, ал. 2 от с.з. Сочни, че този критерий е необходим за установяване на пълна възможност за изпълнение на

поръчката, като е съобразен с предмета, сложността и обема при изпълнението ѝ. Позовава се на решение на СЕС от 31.03.2022 г. по дело С-195/21 и даденото в него тълкуване на Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. Изразява несъгласие и с извода на УО за незаконосъобразно отстраняване на участника „АСАП“ ЕООД в нарушение на чл. 107, т. 3, вр. чл. 72, ал. 1 ЗОП. Претендира отмяна на обжалвания административен акт.

В съдебно заседание жалбоподателят е представляван от юрк. Ц., която поддържа жалбата и моли същата да бъде уважена. Претендира присъждане на разноски, за които е представен списък. Допълнителни аргументи излага в депозираните писмени бележки.

Ответникът - ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 – 2020 г.“, в съдебно заседание не изпраща представител. В депозирано писмено становище моли жалбата да бъде отхвърлена. Претендира разноски съгласно списък по чл. 80 ГПК, представен на л. 6 от делото.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Между страните е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ № Д-34-5/23.02.2023 г., с бенефициент Дирекция „Комуникационни и информационни системи“, за изпълнение на проект BG16M1OP002-4.009-0001 – „Разширяване на системата за ранно предупреждение и оповестяване на населението на ниво Iau и модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“.

С Решение № F251000 от 30.08.2022 г. на основание чл. 22, ал. 1, т. 1 ЗОП е открита процедура по възлагане на обществена поръчка с наименование „Модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“ и е одобрена документацията за процедурата. Публикувано е и обявление в ОВ на ЕС от 30 август 2022 г.

По делото е приложена документацията за възлагане на обществената поръчка (л.301). В обявлението за откриване на процедура по възлагане на обществена поръчка (л.292), в т. III.1.3 подт. 2 възложителят е определил критерий за подбор, от който следва да се установи, че участниците разполагат с необходимите човешки ресурси, а именно:

„Участниците трябва да разполагат с персонал и/или ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката. Участникът да разполага с персонал или ръководен състав със следната професионална компетентност:

- минимум 1 ръководител с опит по управление на проекти – с образователно – квалификационна степен „бакалавър“ или по висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“ или „Комуникационна и компютърна техника“, или област „Природни науки, математика и информатика“, професионално направление: „Информатика и компютърни науки“ или „Математика“, съгласно ПМС № 125/24.06.2002 г., или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в области (направления) еквивалентни на посочените;

- минимум 1 специалист за проектиране, разработване на технически решения с ОКС: „Магистър“ или по – висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“, „Радиотехника“,

„Комуникационна техника и технологии“, съгл. ПМС № 125/24.06.2002 г. или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в области (направления), еквивалентни на посочените;

- минимум 1 специалист по телекомуникационни сървърни системи с ОКС „бакалавър“ или по-висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“ или „Комуникационна и компютърна техника“, или област „Природни науки, математика и информатика“, професионално направление: „Информатика и компютърни науки“ или „Математика“, съгл. ПМС № 125/24.06.2002 г. или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в области (направления), еквивалентни на посочените;

- минимум 1 специалист по мрежова и системна инфраструктура с ОКС „бакалавър“ или по-висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“ или „Комуникационна и компютърна техника“, или област „Природни науки, математика и информатика“, професионално направление: „Информатика и компютърни науки“ или „Математика“, съгл. ПМС № 125/24.06.2002 г. или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в области (направления), еквивалентни на посочените.

В Техническата спецификация за обществената поръчка с предмет „Модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“ в т. II Описание и обхват на дейностите е посочено, че ОП ще бъде финансирана по приоритетна ос 4 „Превенция и управление на риска от наводнения и свлачища“ по процедура за директно предоставяне на БФП по ОПОС. Поръчката е предвидено да бъде изпълнена на четири етапа, а именно:

Етап 1 – „Анализ и техническо решение за модернизация“ (ТРМ) на СРП на органите на изпълнителната власт на територията на 28-рте областни центрове в страната – срок за изпълнение до 20 календарни дни след уведомяване за финансирането. Етапът включва анализ на съществуващата мрежова и системна инфраструктура и изготвяне на техническо решение за модернизация (ТРМ) на СРПО на органите на изпълнителната власт;

Етап 2 – „Доставка, инсталиране, тестване и въвеждане в експлоатация на модернизираната СРПО на органите на изпълнителната власт на територията на 28-те областни центрове в страната;

Етап 3 - „Обучение на персонала“;

Етап 4 – „Гаранционна поддръжка“.

На 12.12.2022 г. е съставен Доклад рег. № 5290оп-662 (л.221) по чл. 103, ал. 3 ЗОП за резултатите от работата на комисия, назначена със Заповед № 5290оп-10/10.01.2023 г. на директора на дирекция „КИС“ – МВР, за извършване на подбор на участниците, разглеждане и оценка на офертите. Във връзка с изготвения документ на основание чл. 106, ал. 3, т. 1 и т. 2 ЗОП са издадени Указания от възложителя с № УРИ 5290-оп-689/21.12.2022 г. (л. 209). По делото са приложени Протоколи от 05.01.2023 г. (л.190), 19.01.2023 г. (л.183) и от 25.01.2023 г.(л.166). На основание чл. 106, ал. 5 ЗОП е изготвен Доклад рег. № 5290-47/08.02.2023 г. (л.156), за изпълнение на дадените на основание чл. 106, ал. 3, т. 1 и т. 2 ЗОП писмени указания от възложителя. На 10.02.2023 г., в срока по чл. 106, ал. 6 ЗОП, е публикувано решение за определяне на изпълнител, с което на основание чл. 107, т. 1, вр. чл. 109, вр. чл. 106, ал. 6, предл. първо, вр. чл. 22, ал. 1, т. 6 ЗОП и въз основа на Доклад № 5290оп-47/03.02.2023 г. от работата на комисия (л.150), назначена със Заповед № 5290оп-10/10.01.2023 г. на директора на дирекция „КИС“ – МВР, е обявено класирането на участниците по

посочената по-горе обществена поръчка и е определен изпълнител – класираният на първо място участник ДЗЗД „Н. СРПО“, с участници в обединението „ИТА ИНЖЕНЕРИНГ“ ООД и „СКОРТЕЛ“ ООД с КО – 100 т. и предлагана обща стойност за изпълнение на поръчката без включен ДДС 2 242 000.00 лв. С решението са отстранени участниците от процедурата както следва: „ТЕКО“ АД, на основание чл. 107, т. 1 ЗОП, вр. чл. 59, ал. 9 ППЗОП, вр. чл. 67, ал. 5, вр. чл. 64, ал. 1, т. 6 ЗОП, вр. с Раздел III „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, поле III.1.3. Технически и професионални възможности, т. 2 „Изисквано минимално/ни ниво/а (в приложимите случаи) на обявлението за обществена поръчка; „Ентърпрайз Комюникейшънс Груп“ ЕООД, на основание чл. 107, т. 1 ЗОП, вр. чл. 54, ал. 9 ППЗОП, вр. чл. 67, ал.5, вр. чл. 64, ал. 1, т. 6 ЗОП, вр. Раздел III „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, поле III.1.3. Технически и професионални възможност, т. 2 „Изисквано минимално/ни ниво/ва (в приложимите случаи) на обявлението за поръчка, вр. с раздел IV „Указания за подготовка и подаване на офертите“, т. 3. „Подаване на офертата“, подт. 3.6. на документацията, вр. с Раздел IV.2.4 „Езици, на които могат да бъдат подавани офертите или заявленията за участие“; „АСАП“ ЕООД, на основание чл. 107, ал. 3, пред. второ, вр. чл. 72, ал. 3 ЗОП.

Въз основа на проведената процедура по възлагане на обществена поръчка е сключен Договор за обществена поръчка № 5290ио-114/01.03.2023 г. (л. 70), между Дирекция „Комуникационни и информационни системи“ – МВР и ДЗЗ „Н. СРПО“ за изпълнение на обществена поръчка с предмет „Модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“, съгласно Приложение № - „Техническа спецификация и Приложение 2 – „Предложение за изпълнение на поръчката“, и с лицата, включени в Списъка на персонала, който ще изпълнява поръчката, и/или членовете на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението – Приложение № 4, с цена 2 242 000.00 лв. без ДДС.

При осъществен последващ контрол за законосъобразност на обществената поръчка и сключения в резултат на нея договор, с писмо изх. № 4-009-0001-2-232 (л.39) възложителят е уведомен, че са констатирани 2 броя нарушения с финансов ефект, съставляващи нередности по т. 11, б. „б“ и т. 20 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/28.03.2027 г., за което се налага обща финансова корекция на основание чл. 7 от Наредбата в размер на 25 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по Договор № 5290оп-114/01.03.2023 г. На основание чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ на бенефициента е даден 14-дневен срок, считано от получаване на писмото, за представяне на писмено възражение по отношение основателността и размера на предложената финансова корекция, както и да приложи доказателства в подкрепа на твърденията си. Такива са депозираны с рег. № 529000-2579/10.05.2023 г. (л. 47).

На 30.05.2023 г., след разглеждане на постъпилите възражения, е издадено решение на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма Околна среда 2014-2020 г., с което на бенефициента е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства от ЕФСУ по сключения договор от 01.03.2023 г. с изпълнител ДЗЗД Н. СРПО на стойност 2 242 000.00 лева без ДДС, в резултат на проведена процедура по възлагане на обществена поръчка с

предмет „Модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“. Видно от приложената на л. 19 справка от Централизирана автоматизирана информационна система за документооборота, решението е получено на 30.05.2023 г.

По делото е представена Заповед № РД-913/10.10.2022 г., с която Г. С. е определена за ръководител на Управляващия орган на оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ (л.62 – гръб).

От правна страна съдът намира следното:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност" означава 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. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

С приемане на ЗУСЕСИФ, сега Закон за управление на средствата от европейските фондове при споделено изпълнение (загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от

01.07.2022 г.) законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕФСУ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕФСУ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

По валидността на акта:

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 ЗУСЕСИФ. Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 9, ал. 5, вр. чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, вр. чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията във връзка с чл. 5 от Устройствения правилник на Министерството на околната среда и водите и съобразно цитираната във фактическата част на настоящото решение заповед за компетентност, издадена от Министъра на околната среда и водите, с която Г. С. – главен директор на главна дирекция Оперативна програма Околна среда в МОСВ, е оправомощена да изпълнявана функциите на Ръководител на Управляващия орган на оперативна програма Околна среда 2014-2020 /УО на ОПОС/.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 14-дневен срок, такива са депозираны и обсъдени подробно от административния орган.

Относно материално-правната законосъобразност на оспореното решение, в частност наличието на констатираните нарушения, съдът намира следното:

Съгласно фактическата обстановка, описана в решението за налагане на финансова корекция, управляващият орган е приел, че са допуснати следните две нарушения:

1. Наличие на критерии за подбор, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка в нарушение на чл. 59, ал. 2, вр. чл. 2, ал. 2 ЗОП. На основание т.11, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, е определена финансова корекция в размер на 5 % по засегнатия договор, тъй като са получени две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор;

2. Незаконосъобразно е отстранен участник в нарушение на чл. 107, т. 3, вр. чл. 72, ал. 1 ЗОП. На основание т. 20 от Приложение № към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е определена ФК в размер на 25 % от стойността на засегнатия договор.

По отношение нарушението на чл. 59, ал. 2, вр. чл. 2, ал. 2 ЗОП:

Административният орган е приел, че формулираното като минимално изискване за специалист за проектиране, разработване на технически решения да е с образователно квалификационна степен „Магистър“ или по-висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“, „Радиотехника“, „Комуникационна техника и технологии“, съгл. ПМС № 125/24.06.2022 г., се явява ограничително.

Според чл. 2, ал. 2 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. 59, ал. 2 ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Според чл. 63, ал. 1 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 изр. второ е посочено, че възложителят може да изисква от кандидата или участника и допълнителни изисквания, като в т. 5 е предвидена възможност възложителят да определи изискване спрямо 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.

Процедурите за възлагане на обществени поръчки, уредени в ЗОП, са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства, средствата, предоставяни от европейските фондове и програми и тези на дружествата и предприятия, които са възложители по смисъла на ЗОП. При възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор. Чрез тях по същество възложителят определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката в случай, че бъде избран за изпълнител. В рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи критериите за подбор към потенциалните участници, като при спазване на разпоредбата на чл. 59, ал. 2 ЗОП, следва същите да са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката и да са съобразени с нейния

предмет, стойност, обем и сложност. При определянето на изискванията спрямо участниците е необходимо да се спазват и 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 произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация (чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗОП), свободна конкуренция (т. 2) пропорционалност (т. 3), публичност и прозрачност (т. 4) – решение № 3406 от 31.03.2023 г. по адм. д. № 758/2023 г., VII отд. на ВАС.

В конкретния случай, въведеният критерий за подбор „минимум 1 специалист за проектиране, разработване на технически решения с ОКС „Магистър“ или по – висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“, „Радиотехника“, „Комуникационна техника и технологии“, съгл. ПМС № 125/24.06.2002 г. или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в области (направления), еквивалентни на посочените“, видно от техническата спецификация (ТС) на обществената поръчка, касае единствено посочения в ТС Етап 1 от изпълнението на поръчката - „Анализ и техническо решение за модернизация“ (ТРМ) на СРПО на органите на изпълнителната власт на територията на 28-рте областни центрове в страната. На този етап следва да се извърши анализ на съществуващата мрежова и системна инфраструктура и да бъде изготвено техническо решение за модернизация. Въвеждането на критерий – наличие на един специалист с ОКС „Магистър“ действително се явява завишено, доколкото извършването на дейност по проектиране и разработване на технически решения не изисква наличието на тази ОКС. Сложността и предмета на поръчката не обосновава завишаването на критерия за професионална квалификация, доколкото същият касае единствено етап 1 от изпълнението ѝ, а за упражняването на дейността няма нормативно предвидено изискване за наличието на ОКС „Магистър“.

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.

Преценката за законосъобразност на извършената финансова корекция чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕФСУ е обусловена от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията и критериите за допустимост е спазил границите на оперативната самостоятелност, и по-специално принципите, заложили в чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 4 от закона, и не е нарушил забраната, въведена с императивната разпоредба на чл. 59, ал. 2 ЗОП.

За да обоснове от фактическа страна извода си за наличие на основание за определяне на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, административният орган е изложил твърдения за необосновано завишаване на изискването към професионалната компетентност на един от специалистите в екипа на изпълнителя. Мотивирал е заключението си със съображения, че възложителят е въвел изискване за специалист с ОКС

„магистър“ в професионално направление „Електротехника, електроника и автоматика“, „Радиотехника“ или „Комуникационна техника и технологии“ съгласно Постановление № 125 на Министерски съвет от 24.06.2002 г. за утвърждаване Класификатор на областите на висше образование и професионалните направления (обн., ДВ, бр. 64 от 2.07.2002 г., в сила от 2.07.2002 г.).

Цитираната по-горе легална дефиниция на понятието „професионална компетентност“ предвижда няколко различни възможности, както следва - придобито висше образование, професионална квалификация или получени в резултат на конкретна дейност/позиция знания и/или умения. Възложителят е въвел критерий за подбор единствено наличието на придобито висше образование, без да е допуснал възможността кандидатите да докажат професионална компетентност по някой от другите посочени в §2, т. 41 начини, а именно чрез професионална квалификация или получени в резултат на конкретна дейност/позиция знания и/или умения.

В случая не е спорно, че възложителят е поставил критерии за подбор, според които участникът следва да разполага с персонал/ръководен състав/екип от лица, с професионална компетентност по смисъла на т. 41 от § 2 от ДР на ЗОП за изпълнението на поръчката, както следва: специалист за проектиране, разработване на технически решения с ОКС: „Магистър“ или по – висока в област „Технически науки“, професионално направление: „Електротехника, електроника и автоматика“, „Радиотехника“, „Комуникационна техника и технологии“, съгл. ПМС № 125/24.06.2002 г. или еквивалентна образователна степен, придобита в чужбина, в области (направления), еквивалентни на посочените. Същевременно по отношение на другите специалисти не е въведено такова изискване – за придобита ОКС „Магистър“. Етап 1 от обществената поръчка не се отличава със значително завишена сложност в сравнение с останалите три етапа, в които са включени инсталирането, тестването и въвеждането в експлоатация на модернизираната СРПО, обучението на персонала както и гаранционната поддръжка.

Всъщност формулировката в обявлението допуска сама по себе си доказване на професионална компетентност и по някой от другите предвидени начини. Въведено е изискване за наличие на професионална компетентност, но възложителят е приел, че наличието на образователно-квалификационна степен Магистър в по-голяма степен ще отговори на сложността и предмета на поръчката в сравнение с наличието на професионална компетентност, придобита чрез професионална квалификация или знания и умения, получени в резултат на конкретна дейност или позиция, което съобразно изложените по-горе мотиви се явява ограничително. Ето защо съдът намира за правилен извода на административния орган, че въвеждането на ОКС „Магистър“ по отношение на специалиста, който в рамките на етап 1 ще изготви анализ и техническо решение за модернизация, е завишено и се явява ограничително.

По отношение позоваването от страна на жалбоподателя на Решение от 31 март 2022 г. по дело С-195/21 на СЕС, в което е прието, че *„член 58, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365*

на Комисията от 18 декември 2017 г., трябва да се тълкува в смисъл, че допуска възможността в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка възлагащият орган да наложи като критерии за подбор, свързани с техническите и професионалните способности на икономическите оператори, изисквания, които са по-стриктни от минималните изисквания, поставени от националната правна уредба, стига такива изисквания да са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка, да са свързани с предмета на поръчката и да са пропорционални на този предмет“, настоящия състав намира, че в случая възложителят действително е имал право да постави завишени изисквания по отношение на техническите и професионалните способности на икономическите оператори, по-стриктни от минималните, но същевременно е поставил единствено завишено изискване по отношение на образователната степен, без да е допуснал възможността професионалната компетентност да бъде придобита и установена по другите, предвидени в закона начини – чрез професионална квалификация или чрез придобити въз основа на заемана позиция знания и умения. Ето защо, позоваването на решението на СЕС не променя крайния извод на административния орган и на съда за ограничаване на достъпа на кандидатите до участие в процедурата. За констатираната нередност е определена финансова корекция /ФК/ на основание т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, съгласно която се налага ФК в размер на 5% от сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване, в случаите на 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 настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, като е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. В конкретния случай правилно е приложен процентният показател на корекцията, тъй като въпреки ограничаващото изискване в обявлението е налице минимална конкуренция и са допуснати до разглеждане две ценови предложения.

По отношение нарушението на чл. 107, т. 3, вр. чл. 72, ал. 1 ЗОП, съдът намира следното:

За да достигне до извод за извършено посоченото нарушение, административният орган е приел, че: 1. в доклад рег. № 5290оп-662/12.12.2022 г., комисията, назначена от възложителя, е предложила да бъде сключен договор с „АСАП“ ЕООД, с комплексна оценка 100 т. и предложена обща цена за изпълнение на поръчката без ДДС в размер на 1 800 000.00 лв.; 2. с указания с рег. № 5290оп-689/21.12.2022 г. на основание чл. 106, ал. 3, т. 1 и т. 2 ЗОП е указано на комисията да преразгледа документите по чл. 39, ал. 2 ППЗОП на участниците, да представи нов доклад по чл. 106, ал. 5 ЗОП, който да включва информация по отношение наличността на представените от участниците документи, информация по отношение на тяхната редовност, както и информация по отношение на

съответствието на всеки от тях с изискванията за лично състояние и критериите за подбор, да са налице достатъчно мотиви, които да обосновават предложенията на комисията за приключване на процедурата, *както и при разглеждане на ценовите оферти комисията да вземе предвид приложеното Решение на СЕС от 15 септември 2022 г. по дело Ц-669/20 г.*; 3. комисията, съобразявайки се с указанията на възложителя и с Протокол от 19.01.2023 г., след разглеждане на ценовото приложение установява, че предложената от „АСАП“ ЕООД цена на офертата в размер на 1 800 000 лв. е с 40 на сто по-ниска от прогнозната стойност на поръчката; 4. комисията приема, че офертата е с „необичайно ниска стойност“, поради което на основание чл. 72, ал. 1 ЗОП изисква подробна писмена обосновка за начина на образуване на предложената от участника обща цена; 5. представената ценова обосновка не е приета от комисията и участникът е предложен за отстраняване от процедурата на основание чл. 107, т. 3, вр. чл. 72, ал. 3 ЗОП. Според ответника участникът е бил незаконосъобразно отстранен от процедурата, тъй като комисията не е следвало да изисква писмена обосновка за формиране на ценовото предложение. Мотивите за незаконосъобразно отстраняване са в две насоки. От една страна комисията е следвало да се съобрази както с броя на офертите, които са стигнали до този етап, а не с прогнозната цена на поръчката, така и с изискването предложението на участника да е с повече от 20 на сто по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници. Установено е, че разликата между двамата участници всъщност е 19.71 %. От друга страна, комисията с предходен доклад рег. № 5290оп-662/12.12.2022 г. е идентифицирала ценовата оферта на „АСАП“ ЕООД като икономически най-изгодна и е констатирала, че цялото оборудване, което участникът предлага, ще бъде произведено от него.

Административният орган е приел, че офертата не е „необичайно ниска“, противно на приетото от комисията. Същевременно са изложени и мотиви, че с даването на указанията в т. 4 относно съобразяване с цитираното решение на СЕС, в нарушение на чл. 106, ал. 4 ЗОП, възложителят насочва към определени заключения от страна на комисията. В заключение е прието, че комисията не е следвало да изисква писмена обосновка за формиране на ценовото предложение, без да са налице предпоставките за това, незаконосъобразно е отстранила участника, неприемайки представената от него писмена обосновка, което от своя страна съставлява нередност, попадаща в обхвата на т. 20 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като е отстранена необичайно благоприятна оферта, без да е налице законово основание за това.

Съгласно чл. 107, т. 3 ЗОП възложителят отстранява участник, който не е представил в срок обосновката по чл. 72, ал. 1 или чиято оферта не е приета съгласно чл. 72, ал. 3 – 5. Основанието за неприемане на ценовата обосновка е ал. 3 на чл. 72 ЗОП, съгласно който получената обосновка се оценява по отношение на нейната пълнота и обективност относно обстоятелствата по ал. 2, на които се позовава участникът. При необходимост от участника може да бъде изискана уточняваща информация. Обосновката може да не бъде приета и участникът да бъде отстранен само когато представените доказателства не

са достатъчни, за да обосноват предложената цена или разходи.

Според чл. 72, ал. 1 ЗОП когато предложение в офертата на участник, свързано с цена или разходи, което подлежи на оценяване, е с повече от 20 на сто по-благоприятно от средната стойност на предложенията на останалите участници по същия показател за оценка, възложителят изисква подробна писмена обосновка за начина на неговото образуване, която се представя в 5-дневен срок от получаване на искането. Съгласно ал. 2 обосновката може да се отнася до: 1. икономическите особености на производствения процес, на предоставяните услуги или на строителния метод; 2. избраните технически решения или наличието на изключително благоприятни условия за участника за предоставянето на продуктите или услугите или за изпълнението на строителството; 3. оригиналност на предложеното от участника решение по отношение на строителството, доставките или услугите; 4. спазването на задълженията по чл. 115; 5. възможността участникът да получи държавна помощ.

Между страните не се спори, че „АСАП“ ЕООД е представило писмената си обосновка на 24.01.2023 г., в указания 5-дневен срок от получаване на искането. Съдът констатира, че представените от участника обяснения не са приложени в административната преписка, но тяхното депозиране пред комисията се установява от Протокол от 25.01.2023 г. /л. 166/. В конкретния случай, липсата на писмената обосновка не пречатства произнасянето на съда, доколкото фактичката обстановка е безспорна между страните, а в случая въпросът дали законосъобразно е поискана тази писмена обосновка се явява преюдициален по отношение на съдържателната страна на обосновката и мотивите, с които не е приета.

На първо място следва да се отбележи, че тълкуването на чл. 72, ал. 1 ЗОП налага извода, че законодателят е определил задължение за комисията да изиска писмена обосновка на предложена от участник цена, единствено в случаите, в които същата е с повече от 20% от средната цена на останалите оферти, а за да бъде формирана средна стойността на предложенията на останалите участници по същия показател за оценка, в процедурата следва да бъдат налице минимум три предложения с числово изражения, които подлежат на оценяване, което в случая няма как да бъде направено.

Освен посоченото по-горе комисията не е имала законово основание да изисква писмени обяснения от участника, тъй като цитираната по-горе разпоредба на чл. 72, ал. 1 ЗОП въвежда правото на възложителя да изисква подобни обяснения единствено когато офертата е с повече от 20% по-благоприятна от средната стойност на предложенията на останалите участници. Въпреки че са били подадени само две оферти и чл. 72, ал. 1 ЗОП се явява неприложим (решение № 4779 от 01.04.2019 г. по адм. д. № 1644/2019 г., IV отд. на ВАС), комисията се е позовала на него и е приела, че е налице необичайно ниска оферта, тъй като предложената цена е с 40% по – ниска от прогнозната. Неправилно комисията е сравнявала стойността на офертата с прогнозната стойност на поръчката, тъй като законът императивно изисква сравнението да е с останалите оферти, не с прогнозната цена на ОП, а от това следва, че изводът за разлика от 40% с прогнозната цена на ОП се явява ирелевантен. Сравнението на предложената от отстранения участник

цена, с цената, предложена от другия допуснат до този етап оферент, показва разлика от 19.71%, което не надвишава установената в чл. 72, ал. 1 ЗОП разлика. В тази връзка чл. 72, ал. 1 ЗОП се явява и неправилно приложен.

На следващо място, в изложените в решение от 15.09.2022 г. по дело С-669/2020 съображения СЕС постановява: *„че членове 38 и 49 от Директива 2009/81 трябва да се тълкуват в смисъл, че при съмнение, че дадена оферта е с необичайно ниска стойност, възлагащите органи са длъжни да проверят дали това действително е така, като вземат предвид всички релевантни елементи, свързани с обществената поръчка и с документите за нея, без в това отношение да имат значение невъзможността за прилагане на предвидените за целта в националното законодателство критерии и броят на подадените оферти“*, както и че *„когато възлагащият орган не е образувал процедура за проверка дали дадена оферта е евентуално с необичайно ниска стойност, тъй като е приел, че нито една от подадените до него оферти не е такава, преценката му може да бъде предмет на съдебен контрол в производство по оспорване на решението за възлагане на съответната поръчка“*.

В т. 36 от решението се посочва, че членове 38 и 49 от Директива 2009/81 предвиждат задължение за възлагащия орган **първо** да идентифицира подозрителните оферти, **второ**: да позволи на съответните оференти да докажат, че тези оферти са сериозни, като им поиска уточненията, които счита за уместни, **трето**: да прецени релевантността на предоставената от заинтересованите лица информация, и **четвърто**: да реши дали да допусне или да отхвърли въпросните оферти. Задълженията, произтичащи от тези членове, обаче възникват за възлагащия орган само при условие че надеждността на дадена оферта е съмнителна a priori.

Въз основа на решението на СЕС следва, че независимо от неприложимостта на чл. 72, ал. 1 ЗОП в хипотеза само на две оферти, при съмнение за необичайно ниска стойност на дадена оферта, възлагащият орган дължи проверка в случай на съмнение при съобразяване с всички релевантни елементи, свързани с обществената поръчка и с документите за нея.

В диспозитива на посоченото решение на СЕС изрично се посочва, че за да се убедят дали действително е налице необичайно ниска стойност възложителите следва да вземат предвид *„всички релевантни елементи, свързани с обществената поръчка и с документите за нея“*, което изискване в случая следва да се отрази в индивидуален анализ и преценка на възможността предлаганата по-ниска цена на предмета на доставка в процесната обществена поръчка да отговаря на реалната такава. Следва да се анализира дали тези разходи в действителност биха могли да се извършат в този размер. *В този смисъл - решение № 4185 от 20.04.2023 г. по адм. д. № 2835/2023 г., IV отд. на ВАС.*

Между страните не се спори, че преди даване на указанията на основание чл. 106, ал. 3, т. 1 и т. 2 ЗОП, комисията, с Доклад с рег. № 5290оп-662/12.12.2022 г., е предложила на възложителя да сключи договор с класирания на първо място участник – „АСАП“ ЕООД. Едва след дадените от възложителя указания е достигнала до извод, че офертата на участника е с необичайно ниска стойност. В тази връзка съдът споделя доводите на административния орган,

че с даването на указанията по т. 4 възложителят е насочил комисията към определени заключения, в нарушение на чл. 104, ал. 4 ЗОП.

След представяне на писмената обосновка и въпреки че комисията до момента на указанията не е имала съмнение относно подадената от „АСАП“ ЕООД оферта, комисията не е извършила анализ дали разходите в действителност биха могли да бъдат в този размер. Произнасянето на комисията в Протокола от 25.01.2023 г. съдържа единствено бланкетни мотиви, с които доводите на оферента, изложени в писмената му обосновка, не са приети. Липсва обаче анализ защо тези разходи не биха могли да бъдат сторени по посочения от участника начин. При идентифициране на оферта като съмнителна, следва да се извърши анализ дали разходите в ценовото предложение в действителност биха могли да бъдат извършени в този размер, в какъвто смисъл е цитираното по-горе решение № 4185 от 20.04.2023 г. по адм. д. № 2835/2023 г., IV отд. на ВАС. В протокола на комисията от 25.01.2023 г. липсва съдържателен анализ по отношение на предложените от участника в процедурата цени.

Съгласно т. 20 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за незаконосъобразно отстраняване на необичайно благоприятни оферти се налага ФК в размер на 25% от разходите.

Според чл. 7 от Наредбата при констатирани два или повече случая на нередност, посочени в приложение № 1, съответно приложение № 1а, се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. В случая за едната нередност е определена финансова корекция в размер на 5%, а за другата – 25%. Правилно и законосъобразно административният орган е определил краен размер на финансовата корекция 25% от стойността на засегнатите разходи в съответствие с цитираната правна норма, регламентираща размера на корекцията при няколко нарушения.

Въз основа на горното съдът намира, че жалбата на директора на Дирекция Комуникационни и информационни системи при МВР се явява неоснователна. Не са налице отменителни основания по чл. 146 АПК. Решението, с което е наложена финансовата корекция, е законосъобразно, а предвид изхода на спора, претенцията за присъждане на юрисконсултско възнаграждение от страна на ответника се явява основателна, поради което Министерството на вътрешните работи следва да бъде осъдено да заплати по сметка на Министерството на околната среда и водите сума в размер на 540 лв. на основание чл. 25, ал. 2 от Наредбата за заплащането на правната помощ, вр. чл. 143, ал. 3 АПК.

Водим от горното АССГ

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Дирекция Комуникационни и информационни системи при МВР срещу решение от 30.05.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма Околна среда 2014-2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25% от

стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства от ЕФСУ по сключения договор от 01.03.2023 г. с изпълнител ДЗЗД Н. СРПО, на стойност 2 242 000 лева без ДДС, в резултат на проведена процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет „Модернизация на СРПО на органите на изпълнителната власт“.

ОСЪЖДА Министерството на вътрешните работи да заплати по сметка на Министерството на околната среда и водите сумата в размер на 540 лв., представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: