

РЕШЕНИЕ

№ 2345

гр. София, 08.04.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 22.03.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **12315** 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 Висш съдебен съвет (ВСС) [населено място], представляван от Б. М., срещу Решение № ФК-2020-260 от 02.12.2020г., 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 ВСС в качеството на бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-3.001-0001-C01/26.08.2016 г. е наложена финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договор № ВСС – 10737/15.10.2020 г. с изпълнител [фирма], на основание т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.

Жалбоподателят счита решението за немотивирано, необосновано и издадено в противоречие с материалноправните разпоредби, при съществено нарушение на административно – производствените правила и несъответствие с целта на закона. Посочва, 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. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата за посочване на нередности), както и че регистрираната нередност не е установена и доказана по надлежния ред. Въз основа на тях се иска отмяна на решението за налагане на финансова корекция.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от главен експерт М., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

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:

ВСС е бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-3.001-0001-C01/26.08.2016 г. за изпълнение на проект „Създаване на модел за оптимизация на съдебната карта на българските съдилища и прокуратури и разработване на Единна информационна система на съдилищата“.

В изпълнение на проекта е проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Доставка, инсталиране, конфигуриране и поддръжка на ИТ инфраструктура, в която ще работи ЕИСС и СИСМА“.

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

С писмо от 19.11.2020 г. ВСС е уведомена за резултатите от проверката, както и за това, че за констатираните нарушения е предвидено налагането на финансова корекция по т. 11, б. „б“ 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. № от 01.12.2020 г. Възраженията са разгледани от Ръководителя на УО и приети частично за основателни.

С Решение № ФК-2020-260 от 02.12.2020г., 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 ВСС като бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-3.001-0001-C01/26.08.2016 г. е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № ВСС – 10737/15.10.2020 г. с изпълнител [фирма], финансирани по ОПДУ.

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

1. Дискриминационна техническа спецификация/условия за изпълнение на поръчката, които ограничават достъпа на участниците. В техническата спецификация са посочени следните минимални изисквания:

- 4.35 Комутаторът да има включени минимум 3 годишна 24x7x4 поддръжка от

производителя.

6.25 Предоставеното ниво на поддръжката – директна от производителя. Валидност 3 години, 24 часа, 7 дена в седмицата. Време за реакция за хардуера – 4 часа.

7.37 Срок на техническа поддръжка директно от производителя – минимум 3 години

8.13 Срок на техническата поддръжка директно от производителя – минимум 3 години.

На страница 28 от Техническата спецификация е посочено „Предлаганото оборудване да е ново и в производство към момента на предоставяне на предложението и да е утвърдено на пазара. Да се гарантира поддръжка на оборудването от производителя за периода на договора“

УО е приел, че са нарушени разпоредбите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП вр. с чл. 49, ал. 1 от ЗОП, тъй като възложителят може да иска осигуряване на посочените по – горе изисквания, но тези условия може да се поставят единствено и само към участника, който ще извърши доставката, инсталирането, конфигурирането и поддръжката, но не и към производителите. Приел е, че допуснатото нарушение при възлагането на обществената поръчка се изразява във въвеждането на незаконосъобразно условие в техническата спецификация, което ограничава достъпа на участници.

2. С извършената промяна/допълнение на условията в техническата спецификация с Решение за одобряване на обявление за изменение или допълнителна информация се ограничава достъпа до участие в обществената поръчка на потенциални участници.

Решение № ВСС – 5674 от 12.06.2020 г. и Обявлението за откриване на процедурата е изпратено до АОП на 12.06.2020 г.

В документацията за участие – техническата спецификация на обществената поръчка, като минимално изискване е посочено следното:

„1.4.2. Системата трябва да осигурява виртуализация, обработка на ресурси, съхранение на данни, система за управление и защита на данните и да осигури единна точка на поддръжка от страна на“

На 29.06.2020 г. е изпратено Решение за одобряване на обявление за изменение или допълнителна информация в АОП. В него е добавено, че по инициатива на заинтересованото лице възложителят променя техническата спецификация (Приложение № 1) и Предложението за изпълнение по поръчката – Образец № 3, както следва: стр. 15 от ТС и стр. 67 от документацията за участие точка 1.4.2., вместо Системата трябва да осигурява виртуализация, обработка на ресурси, съхранение на данни, системата за управление и защита на данните и да осигури единна точка на поддръжка от страна на... - да се чете Системата трябва да осигурява виртуализация, обработка на ресурси, съхранение на данни, система за управление и защита на данните и да осигури единна точка на поддръжка от страна на производителя на хардуера.

Според Ръководителя на УО с добавянето на „производителя на хардуера“ са внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които са променили кръга на участниците. Извършената от бенефициента промяна на техническата спецификация и съответно образеца на техническото предложение чрез добавяне на лицето, което следва да осигури единна точка на поддръжка е довело до промяна на кръга от участници.

Ръководителят на УО е преценил извършените изменения като съществени и е приел, че с тях възложителят е внесъл съществени изменения в условията по обявената

поръчка, които са променили кръга на участниците. Според административния орган, с това е нарушен чл. 100, ал. 7, т. 1 във вр. с чл. 100, ал. 10 от ЗОП, както и чл. 2, 2 от ЗОП, като по този начин е осъществен състава на нередност по от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности – с обявлението за изменение или допълнителна информация в случаите на промени по чл. 7, т. 1 възложителите не трябва да се въвеждат условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица. Обосновал е, че е налице както съществено нарушение, тъй като в обявлението за откриване на процедурата няма изискване от чия страна ще се осъществява поддръжката, а с изменението се допълва изискването за поддръжка от страна на производителя, на което изискване отговарят друг лица, различни от потенциалните участници при първоначално обявяване на процедурата. По този начин не се предоставя равен достъп на участниците/кандидатите за участие, а това води до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в обществената поръчка. Посочил е, че установеното нарушение има финансово отражение, предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

Финансовата корекция е определена по пропорционалния метод в размер на 5%. При определяне размера на финансовата корекция по реда на чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ УО на ОПДУ е отчетел прогнозната стойност на поръчката (2 509 542.00 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 частично 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.

При извършената служебна проверка за законосъобразност на оспорения акт на основанията посочени в чл. 146 от АПК, съдът намира, че той е издаден от компетентен орган, спазени са административно-производствените правила на АПК и ЗУСЕСИФ, приложени са правилно и съответните материални норми.

При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия, включително и техническите спецификации на стоката/услугата, която се доставя като предмет на обществената

поръчка. Законодателят в чл. 49 от ЗОП е предвидил, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществена поръчка в условията на конкуренция. Техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лице или някои продукти. Според ал.2, по изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал.1 от ЗОП, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“.

Видно е от описаното в спецификацията, в (4.35, 6.25, 7.37, 8.13), че като условие от Възложителя е поставено: „Комутаторът да има включени минимум 3 годишна 24x7x4 поддръжка от производителя, предоставеното ниво на поддръжката – директна от производителя, валидност 3 години, 24 часа, 7 дена в седмицата. Време за реакция за хардуера – 4 часа, срок на техническа поддръжка директно от производителя – минимум 3 години, срок на техническата поддръжка директно от производителя – минимум 3 години. Видно от стр. 28 от Техническата спецификация е посочено „Предлаганото оборудване да е ново и в производство към момента на предоставяне на предложението и да е утвърдено на пазара. Да се гарантира поддръжка на оборудването от производителя за периода на договора“

Нарушението на чл. 49 от ЗОП е безспорно установено и то представлява нередност по смисъла на т.11 буква б) от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. При всички случаи, посочването на горепосочените изисквания ограничава кръга на потенциалните участници, още повече, че поддръжката би могла да бъде извършвана не само от производителите, но и от лица, упълномощени от производителя или неговия официален представител. Ограничаването е необосновано, а въвеждането на незаконосъобразно условие в техническата спецификация ограничава достъпа на участници. Оспорваното изискване стеснява кръга на потенциалните в обществената поръчка и дава необосновано предимство на определени лица, които предлагат поддръжка директно от производителя, спрямо лица, които могат да предложат поддръжка от упълномощени от производителя или неговия официален представител.

В настоящия случай, нарушаването на принципа на конкуренцията е проявено чрез залагането на дискриминационни технически спецификации, което е ограничило достъпа на участниците до конкретната процедура, нарушавайки принципа на свободната конкуренция. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, т.е. води до необосновано ограничаване на конкуренцията. Предвид гореизложеното съдът намира, че са нарушени принципите на свободна конкуренция и равен достъп, което води до ограничаване на потенциалните участници или кандидати.

Националното законодателство и законодателството на Европейския съюз, в частност - Регламент № 1303/2013 година не поставят като изискване наличието на реална вреда - т.е. финансова загуба. Видно от дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 3б от Регламент № 1303/2013 и в чл. 2, пар. 7 от Регламент № 1083/2006, нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. Употребеното в разпоредбата „има или би имало за последица нанасянето на

вреда“ сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В конкретния случай нередността е свързана с неправилно приложени критерии за подбор в хода на процедурата. В този смисъл, при определяне на конкретното основание и размера на финансовата корекция за нередността, УО правилно е взел предвид обстоятелството, че нередността попада в обхвата на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата и съответства на т. 11, буква (б) „случаите, при които са приложени дискриминационни технически 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“. При определянето на размера на финансова корекция, УО е съобразил Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, доколкото е отчетено липсата на елементите от фактическия състав на т. 11, б. „а“, „в“ и „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. В този смисъл, за допуснатото нарушение правилно, според настоящият състав, е определена финансова корекция в размер на 5 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения по договор № ВСС – 10737/15.10.2020 г. с изпълнител [фирма].

Предвид изложеното, настоящият състав намира Решение № ФК-2020-260 от 02.12.2020г., издадено от директора на Дирекция „Добро управление“ в Министерския съвет качеството на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Добро управление“ в тази му част за правилно, законосъобразно и издадено съобразно административнопроизводствените правила, поради което жалбата срещу последното следва да бъде оставена без уважение като неоснователна и недоказана.

По отношение на нарушението по т. 2 от процесното решение съдът намира, че спорът е основно относно приложението на материалния закон и по конкретно дали жалбоподателят е извършил сочените от Ръководителя на УО нарушения на чл. 100, ал.10 от ЗОП, съответно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съответно дали те съставляват нередност, за която законосъобразно е определена финансовата корекция.

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 Р., в 14-дневен срок от публикуването в Р. 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. б). Възложителят е длъжен да удължи *сроковете за получаване на оферти*, когато в 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 Р. 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, извършеното допълване на техническата спецификация и техническото предложение, изразяващо се в корекция на техническия пропуск, не е довело до необходимост от промяна на офертите на участниците.

На второ място, направените промени, свързани с допълване на текста „производителя на хардуера“, не са относими към офертата, съответно не налагат промяна в съдържанието ѝ. Офертата включва единствено техническото и ценово предложение на участника, а допълването на текста „производителя на хардуера“ не променя по никакъв начин предмета на поръчката, не се увеличава или намалява обема на дейностите, включени в обхвата на поръчката, както и не се променя и кръга на заинтересованите лица. Във връзка с изложеното съдът счита, че не е изпълнена хипотезата на чл.100, ал.7, т.1 ЗОП, тъй като измененията не налагат промяна в офертите.

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 чл. 100, ал. 10 от ЗОП(съгласно която възложителите, в случаите на промени по чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП не трябва да въвеждат условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица), също изисква изменението да е съществено, заради препращането към т. 1 на, ал. 7. Очевидно съществено изменение не е налице, тъй като останалите потенциални участници не са били с конкретното изменение на условията по никакъв начин лишени или ограничени от участие. От горното следва, че не е доказан

следният елемент от фактическия състав на "нередност" по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013 - нарушение на правото на Съюза или на националното право, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Съобразно изложените в решението за финансова корекция и констатирани при проверката обстоятелства, не е имало и не би могло да има нито реална нито потенциална вреда за бюджета на Съюза, поради което финансовата корекция е незаконосъобразно наложена.

Предвид всичко изложено дотук съдът приема, че извършвайки описаните изменения в условията на обявената поръчка, респективно офертите, жалбоподателят в качеството си на възложител, не е нарушил разпоредбата на чл.100, ал.10 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 в тази му част на Ръководителя на УО на ОПДУ се явява незаконосъобразно поради противоречие с материалния закон и като такова следва да бъде отменено.

Направено е искане за присъждане на разноски и от двете страни. При прилагането на чл. 78, ал.8 от ГПК във вр. с чл. 144 от АПК, във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ във вр. с чл. 25 от Наредбата за заплащането на правната помощ, съдът определя като съответстващо на фактическата и правната сложност на делото възнаграждение за юрисконсулт в размер на 300 лв. Намалена съобразно уважената част от оспорването, на жалбоподателя би била дължима сума от 150 лева. Частта от акта, която е незаконосъобразна, редуцира разноските на ответника от 300 на 150 лева. Като резултат и след компенсация, съдебните разноски са в размер на 0 лева.

Водим от горното и на основание чл.172 ал.2 предложение последно от АПК, Административен съд – София град, III-то отделение - 7 състав,

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на Висш съдебен съвет [населено място], представляван от Б. М., Решение № ФК-2020-260 от 02.12.2020 г., издадено от директора на Дирекция „Добро управление“ в Министерския съвет качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“, **В ЧАСТТА** по т. 2, с което на ВСС в качеството на бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-3.001-0001-C01/26.08.2016 г. е наложена финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договор № ВСС – 10737/15.10.2020 г. с изпълнител [фирма].

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Висш съдебен съвет [населено място], представляван от Б. М., срещу Решение № ФК-2020-260 от 02.12.2020г., издадено от директора на Дирекция „Добро управление“ в Министерския съвет качеството на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“, с което на ВСС в качеството на бенефициент по договор за

предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-3.001-0001-C01/26.08.2016 г. е наложена финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договор № ВСС – 10737/15.10.2020 г. с изпълнител [фирма], в останалата ѝ част, като неоснователна.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

СЪДИЯ: