

РЕШЕНИЕ

№ 5936

гр. София, 20.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 08.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Гергана Мартинова , като разгледа дело номер **3179** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по жалба вх. № 11250/31.03.2021 г., по описа на Административен съд София град, подадена от АГЕНЦИЯ ПО ЗАЕТОСТТА ЕИК[ЕИК], [населено място], [улица], представлявана от изпълнителния директор Д. Н., чрез процесуалния представител юрк. Х. М., срещу Решение № ВГ05М90РО01-1-004-0001/96 от 15.03.2021 г. на заместник директор на Главна дирекция „Европейски фондове, международни програми и проекти“ в Министерство на труда и социалната политика и ръководител Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси – 2014-2020“, с което е установено извършено нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ по проведена открита процедура по ЗОП с предмет „Информирание и публичност“ (разделена на 5 обособени позиции) и сключен договор № 96/25.11.2019 г. (обособена позиция № 1) с изпълнител Б. Б. И. Е., за което на основание чл. 72, ал.3 от ЗУСЕСИФ и т. 14, пр.първо и пр.второ 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 е определена финансова корекция в размер 25 на сто от засегнатите допустими разходи (29 677,50 лв. - разходи, включени в И. № 27 по договор № 96/25.11.2019 г. с изпълнител Б. Б. И. Е.).
Жалбоподателят поддържа, че обжалваното решение е издадено при противоречие с

материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. Конкретно твърди, че липсва нередност при отстраняването на участника Т. Ко 04 Е., поради това че от представената пълноцветна разпечатка на предлагания артикул № 5 „Чадър с осем панела“ е видно, че размерът на печатната площ не отговаря на заложеното изискване в Техническата спецификация за обособена позиция № 1 да е в рамките на един панел. Сочи, че в полето „Спецификация“ на таблицата от Техническото предложение по обособена позиция № 1 участникът Т. Ко 04 Е. е посочил за артикул № 5, че размерът на печатната площ е в рамките на един панел, както това е предвидено в Техническата спецификация за обособена позиция № 1. В този смисъл излага аргументи, че е ясно указанието, че размерът на цялата възможна печатна площ не може да се разпростира на повече от един от общо осемте панела на чадъра и предвидената печатна площ върху него е за един негов панел. Твърди, че Т. Ко 04 Е. в противоречие на декларираното представя пълноцветна разпечатка на артикул № 5, от която е видно, че печатът е разположен на два панела. Определя, като превратно тълкуването от страна на Ръководителя на УО на ОП РЧР, че възложителят не е поставил изискване за броя на печатите върху артикула чадър. Твърди, че при определяне на изискването възложителят се е съобразил с т. 3.8. от Единния наръчник на бенефициента за прилагане на правилата за информация и комуникация 2014-2020 г. и чл. 4, пар. 2 „Технически характеристики за изобразяване на емблемата на Съюза и позоваване на фонда или фондовете, поддържащи операцията” от Регламент за изпълнение (ЕС) № 821/2014 г. на Комисията от 28 юли 2014 г. Излага, че именно от посочените разпоредби следва извода, че емблемата трябва да е една и визуализацията трябва да е образувана от една, а не от няколко комбинации от емблеми и логотипи върху съответния (промоционален) материал. На следващо място твърди, че липсват съответните отличителни знаци в горната и долната част на документите, касаещи визуализация и публичност на проекта и програмата, финансиращи обществената поръчка. Изтъква, че в т. 4 на Раздел I „Техническа спецификация“ за обособена позиция № 1 от документацията на поръчката е предвидено, че участниците следва, като част от техническото предложение, да представят пълноцветни изображения, които да представляват идейна концепция за визията на артикулите, посочени в таблицата на техническата спецификация (пълноцветна разпечатка формат А4). Сочи, че в т. 8.4. от Раздел VI „Условия за участие“ от документацията на поръчката е предвидено всеки участник да подаде оферта, която съдържа Техническо предложение, попълнено по образец на възложителя - оригинал. В същото време всеки участник трябва да подаде техническото си предложение за обособена позиция № 1 като единно цяло от декларативна част и пълноцветни изображения за визията на артикулите. Пълноцветните изображения /снимки/ на артикулите /от Техническата спецификация за обособена позиция № 1/ са неотменна и неразделна част от образца на техническо предложение. Според жалбоподателя, това означава, че в горната и долната част на документите, върху които са разположени изображенията, като част от Техническото предложение по обособена позиция № 1, трябва да бъдат поставени емблемата на Европейския съюз (ЕС) и Европейския социален фонд (ЕСФ); логото на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ (ОП РЧР) за програмен период 2014-2020 г.; уеб сайтът за интернет достъп до и наименованието на проектите /сред които и BG05M90P001-1.004-0001 „Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите“/, от бюджета на които се финансира изпълнението на дейностите, включени в предмета на

обществената поръчка по обособена позиция № 1. Само така участникът Т. Ко 04 Е. би изпълнил изцяло и в неговата пълнота образеца на техническо предложение, създаден от възложителя при следване на мерките за визуализация и публичност и съобразяване със задължителните за бенефициентите отговорности в процеса по информация и комуникация по Единния наръчник на бенефициента за прилагане на правилата за информация и комуникация 2014-2020. В противен случай, според жалбоподателя се компрометира и т. 2 от Раздел I „Техническата спецификация“ за обособена позиция № 1, в която възложителят е посочил, че успешната реализация на целите на проекта е пряко свързана с постигането на максимална информираност на широката общественост относно изпълнението на предвидените проектни дейности и постигнатите резултати, като широката информираност е безусловно необходима за постигане на траен ефект от проекта. На следващо място в жалбата се твърди, че няма изпълнени в кумуляция предпоставки за наличие на нередност, по смисъла на чл. 2, т. 36 от приложимия Регламент, във връзка с НПНПОИФКППОРФК по реда на ЗУСЕСИФ, по отношение на третия посочен мотив за отстраняване на участника Т. Ко 04 Е. от обособена позиция № 1 на поръчката, поради това, че в Техническото си предложение по обособена позиция № 1 не се посочва точен размер на диаметъра на артикул № 5 - „Чадър с осем панела“, в отворено състояние. Развива доводи и, че по смисъла на приложимия Регламент, във връзка с НПНПОИФКППОРФК по реда на ЗУСЕСИФ, липсва нередност и по отношение на това, че по обособена позиция № 1 възложителят не отстранява участника, впоследствие избран за изпълнител - Б. Б. И. Е., който в Техническото си предложение по тази обособена позиция предлага артикул № 3 „Изработване на информационна табела за ремонтирани помещения в ДБТ“, но в таблицата от предложението си не изяснява дали материалът ще е устойчив на неблагоприятни атмосферни условия. Аргументира се, че изискването артикул № 3 по обособена позиция № 1 да бъде направен от материал, който „следва да е устойчив на неблагоприятни атмосферни условия“ е предвидено от възложителя в Техническата спецификация за обособена позиция № 1 на обществената поръчка, поради което със самия факт на подаване на оферта по обособена позиция № 1 всички участници вече са запознати с това изискване. Изразява искане спорното решение да бъде отменено. В съдебно заседание жалбоподателят, представляван от юр. М., поддържа жалбата и искането тя да бъде уважена, като претендира разноски и прави възражение за прекомерност на претендираните разноски от страна на ответника. Допълнителни доводи излага в писмени бележки.

Ответникът – зам. директор на ГД „Европейски фондове, международни програми и проекти“ и ръководител на УО на ОП „Развитие на човешките ресурси 2014-2020“ в Министерство на труда и социалната политика, представляван от юр. Т., оспорва жалбата и и зрявява искане същата да бъде отхвърлена като неоснователна. Прави искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Агенция по заетостта е бенефициент по проект „Подобряване качеството и ефективността на публичните услуги за уязвимите групи на пазара на труда и работодателите с № BG05M9OP001-1.004-0001-C06, за който е предвидена безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Развитие на човешките

ресурси“.

В изпълнение на проекта Агенцията по заетостта е провела открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Информирание и публичност“ с 5 обособени позиции. В резултат на проведената процедура по обособена позиция №1 е сключен договор № 96/25.11.2019 г. с изпълнител Б. Б. И. Е. на стойност 98 925 лв. без ДДС.

При извършена проверка на отчетна документация към искане за междинно плащане № 27 с отчетен период 01.01.2020 г. – 31.03.2020 г. Сертифициращият орган е установил нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ и т. 14 от Насоките за определяне на финансови корекции, които се правят върху разходите финансирани от ЕС при несъответствие с правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на Европейската комисия от 14.05.2019г., съответно т.14 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.

В Протокол 2 от работата на оценителната комисия, в който е обективизирана оценката на техническото предложение на участниците, офертата на Т. Ко 04 Е. по обособена позиция № 1, касаеща проекта, е отстранена поради това, че в техническото предложение не е посочил диаметъра на чадъра /артикул 5 „чадър с осем панела/ в отворено състояние. На следващо място Комисията е направила заключение, че по отношение на печата в техническата спецификация е посочено, че размерът на печатната площ следва да бъде в рамките на един панел, а видно от предоставената пълноцветна разпечатка е, че размерът на печатната площ не отговаря на заложеното по спецификация, тъй като печатът е разположен на два панела. На трето място Комисията е установила, че участникът е представил Техническо предложение, което не отговаря на заложените в образца на техническото предложение, а и в цялата документация за обществена поръчка мерки за визуализация и публичност. Посочено е, че в приложените изображения, неразделна част от техническото предложение конкретно липсват съответните отличителни знаци в горната и долна част на документа. Подчертано, че такива са налице върху изображенията на самите артикули по изискванията на техническата спецификация, но не и на самия документ, който като част от техническото предложение на участника не би следвало да се различава от него. С тези аргументи Комисията е взела решение да не допуска до по-нататъшно участие Т. Ко 04 Е. по обособена позиция № 1 в процедурата по оценяване на офертите по критерия за възлагане най-ниска цена. Мотивите за отстраняване са възпроизведени и в Решение № РД-08- 2762/17.10.2019 г. за класиране на участниците.

Според сертифициращия орган, първият мотив е неоснователен, тъй като в техническото предложение при описание на характеристиките на артикул 5 участникът е посочил размера на чадъра в отворено състояние съгласно изискванията на възложителя. Приели са, че тази констатация е неоснователна по отношение на участника, защото ако възложителят е изисквал посочването на точен диаметър, е следвало да го заложи в техническата спецификация, а въз основа отчитане на това обстоятелство е следвало да отстрани и офертата на избрания за изпълнител, тъй като в неговото техническо предложение по обособена позиция 1 също не е конкретизиран диаметъра на чадъра. Същото е установено и по отношение на техническите предложения по обособена позиция 1 на останалите участници. Направили са

заключение, че е налице неравно третиране на участниците.

Втората констатация на комисията по отношение на артикул 5, довела до отстраняване на участника, а именно че видно от изображението на артикула и в противоречие на посоченото в техническото предложение размерът на печатната площ е два панела на чадъра също е приета за неоснователна. Сертифициращият орган е изложил аргументи, че участникът е спазил изискването размерът на печатна площ да е в рамките на един панел като това е посочено и в техническото предложение, тъй като от страна на възложителя не е поставено изискване за броя на печатите върху артикула чадър. С оглед на това е прието, че отстраняването на участника е неоснователно на основание, че е представил изображение - идейна концепция на артикул 5 с визуализация /печати/, разположени успоредно върху два срещуположни панела на чадъра.

Освен гореизложеното сертифициращия орган е установил и, че участникът Б. Б. И. Е. по отношение на артикул 3 в техническото предложение не е посочил, че материалът ще е устойчив на неблагоприятни атмосферни условия и въпреки това не е отстранен, а е избран за изпълнител.

Направено е заключение, че при оценка на техническите предложения по обособена позиция 1 са допуснати следните нарушения - неоснователно отстранен участник на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП /Т. Ко 04 Е./, неравно третиране и допускане до класиране на оферта, която не отговаря на изискванията на възложителя /Б. Б. И. Е./, като същите представляват нередност по т. 14 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, за което следва да бъде определена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на верифицираните разходи по договора.

Във връзка с констатираното нарушение от Сертифициращия орган, от Управляващият орган е направено предложение за налагане на финансова корекция съгласно т. 14, предл. първо и второ от Приложение №1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

С писмо от 03.02.2021г. бенефициентът е уведомен за стартиране на процедура по налагане на финансова корекция, като му е дадена възможност да представи възражения и документи в срок от 14 дни. В предоставения срок от бенефициентът е представено възражение, което е обсъдено от ръководителя на УО, но е прието за неоснователно.

На 15.03.2021 г., от Ц. С. – заместник- директор на ГД ЕФМПП и ръководител на УО на ОП РЧР, е издадено процесното решение, с което е установено извършено нарушение по смисъла на чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ по проведената процедура по ЗОП с предмет „Информирание и публичност“ (уникален номер в Р. - 00311-2019-0025), разделена на 5 обособени позиции и сключен договор № 96/25.11.2019 г. /обособена позиция № 1/ с изпълнител Б. Б. И. Е. и на основание чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ и т.14, предложение първо и второ от Приложение №1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 25 на сто от засегнатите допустими разходи. Ръководителят на УО е възприел констатациите и изводите на сертифициращия орган за извършено нарушение при провеждане на процедурата, а именно, че е налице нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, както следва: 1. участникът по обособена

позиция № 1 Т. Ко 04 Е. е отстранен неправилно на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП и офертата му е следвало да бъде допусната до отваряне на ценово предложение; и 2. допуснат е до класиране кандидат Б. Б. И. Е., чиято оферта не отговаря на изискванията на възложителя и е следвало да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Посоченото е прието, че съставлява нередност по т.14, предл.първо и второ от Приложение №1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Видно от представената разпечатка от ИСУН 2020, решението е изпратено на жалбоподателя, като е отбелязана дата на прочитане 16.03.2021 г.

По делото са приети представената от административния орган преписка, в това число документите касаещи проведената обществена поръчка - документацията за участие, протоколи от дейността на комисията за оценка и класиране на подадените оферти на участниците, доклад на комисията, назначена от възложителя, решение за определяне на изпълнител, сключените договори с избраните изпълнители и т.н.

При така установената фактическа обстановка, съдът, в настоящия състав, формулира следните правни изводи:

Жалбата е подадена, чрез административния орган, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол.

В конкретния случай актът, който се обжалва пред съда е такъв за определяне на финансова корекция. Предвид нормата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция трябва да бъде определена по основание и размер само от ръководителя на съответния управляващ орган. Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните такива. Съгласно ал. 5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на УО по ЗУСЕСИФ могат да бъдат упражнявани и от овластено от него лице. Видно от т.1 на Заповед № РД 01-03-2/01.12.2020 г., издадена от министъра на труда и социалната политика, на Ц. С. – заместник главен директор на ГД ЕФМПП е възложено, считано от 01.12.2020 г., да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОП РЧР 2014 – 2020. С оглед на това, оспореното решение е издадено от компетентен орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основанийето за определяне на финансовите корекции и техния размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок. В решението са обсъдени възраженията на жалбоподателя.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, Е.) № 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 ЗУСЕИФ законодателят установява 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 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ 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.

Съгласно разпоредбата на 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 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, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е 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 ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъдат установени от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

В оспорения акт, издаден на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, е прието, че участникът по обособена позиция № 1 Т. Ко 04 Е. е отстранен

неправилно на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП и офертата му е следвало да бъде допусната до отваряне на ценово предложение, както и допуснат до оценка участник Б. Б. И. Е., който е подал оферта, която не отговаря на изискванията на възложителя и който е следвало да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2, б „а“ от ЗОП.

Спорът основно е относно съответствието на решението с материалния закон и се свежда до това дали в процедурата по възлагане на обществена поръчка е допуснато соченото нарушение на ЗОП, съответно осъществена ли е нередност по т.14, предл. второ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

В раздел II, в който попада и т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, са посочени видовете нередности, свързани с оценяването на предложенията и избора на изпълнител. Нередностите по т.14, предл. първо и второ се изразяват в неправилно прилагане на критериите за подбор или техническите спецификации, в резултат на което е определен за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации и е отстранен кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени. Наредбата предвижда, че не е налице нередност, ако възложителят докаже, че отстраненият кандидат или участник не би бил определен за изпълнител, т.е. нарушението няма финансово влияние и не се определя финансова корекция.

В случая на първо място съдът приема, че ръководителят на УО правилно е приложил материалния закон, като обосновано е приел, че участникът Т. Ко 04 Е. неправилно е отстранен от процедурата на основание чл.107, ал.1 от ЗОП, респективно с това е допусната нередност по т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности

Съгласно чл.107, ал.1 ЗОП възложителят отстранява кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

В случая, видно от т.III.2 от Решение № РД-08-2762/17.10.2019 г., възложителят е отстранил участника Т. Ко 04 Е. от участие в процедурата за възлагане на процесната обществена поръчка по обособена позиция 1, по идентични на изложените от комисията мотиви: първо, по отношение на артикул 5 „чадър с осем панела“ участникът не е посочил точни размер на диаметъра на чадъра в отворено състояние; второ по отношение на печата в техническата спецификация е посочено, че размерът на печатната площ следва да бъде в рамките на един панел, а видно от предоставената пълноцветна разпечатка размерът на печатната площ не отговаря на заложеното по спецификация, тъй като печатът е разположен на два панела; трето участникът е представил Техническо предложение, което не отговаря на заложените в образеца на техническото предложение, а и в цялата документация за обществена поръчка мерки за визуализация и публичност.

Относно констатацията, че по отношение на артикул 5 „чадър с осем панела“ участникът Т. Ко 04 Е. не е посочил точен размер на диаметъра на чадъра в отворено състояние следва да се посочи, че тя е напълно необоснована. Видно от представената по делото документация за обществена поръчка по обособена позиция 1 /ОП1/ е, че от страна на възложителя не е поставено подобно изискване. Видно от техническата спецификация на ОП 1 е, че в Таблица № 1 са посочени видът, спецификацията и количеството рекламни материали, предмет на доставката. По отношение на артикул „чадър с осем панела“ е посочена следната спецификация: материал: полиестер; автоматично отваряне; двойно автоматичен; размери 27/5 см. – затворен; размери – Ш 96-100 см. – отворен; ветроупорен; гумирана дръжка и калъф; брандиране: монихромен ситопечат или термотрансферен печат. Размер на печатната площ – в рамките на един панел и т.н. Видно от представения образец на техническо предложение е, че в него също фигурира таблица с раздели: материал/артикул, спецификация и количество. В края на образца в т. 5 е посочено, че участниците прилагат пълноцветни изображения, които представляват идейна концепция за визията на артикулите, посочени в Таблица 1.

От представената оферта на отстранения участник Т. Ко 04 Е. се установява, че същият е попълнил таблица 1 от Техническото предложение, съобразно изискванията на възложителя за артикул „чадър с 8 панела“, а именно: полиестер; автоматично отваряне; двойно автоматичен; размери 27/5 см. – затворен; размери – Ш 96-100 см. – отворен; ветроупорен; гумирана дръжка и калъф; брандиране: монихромен ситопечат или термотрансферен печат. Размер на печатната площ – в рамките на един панел и т.н. Към него е представил и изискваното изображение.

От така посочено може да се направи заключение, че е направен правилен извод в решението на УО, че от страна на възложителя не е поставено изискване за посочване на точен диаметър на артикула. В този смисъл посоченото не може да бъде използвано като основание за отстраняване, още повече, че при преглед на останалите подадени оферти за ОП1 се установява, че останалите участници (с изключение на П. О.), в това число и избрания изпълнител също не са посочили точен размер на диаметъра чадъра в отворено състояние, поради което действително е налице неравно третиране на участниците.

По отношение на констатацията, че размерът на печатната площ на същия артикул следва да бъде в рамките на един панел, а не на два панела следва да се посочи, че също не са налице предпоставки за отстраняване на Т. Ко 04 Е. и на това основание.

От приобщените по делото изображения се установява, че Т. Ко 04 Е. е използвало два успоредни панела на чадъра за отразяване на текстовата и визуалната информация, съгласно изискванията в техническата спецификация. Както вече се посочи в същата е поставено изискване размерът на печатната площ да бъде в рамките на един панел. Съдът приема, че така зададеното изискване не се отнася до броя на печатите върху артикула, а се отнася до това, че текстовата и визуална информация /емблема на ЕС и упоменаването на „Европейски съюз“; наименование на

съфинансиращият фонд; общото лого за програмен период 2014-2020 г., със съответното наименование на финансиращата програма; логото на конкретния бенефициент – Агенция по заетостта; наименование на проекта/ в съвкупност следва да се простират в рамките на един панел.

Третото заключение на комисията - че представеното от отстранения участник техническо предложение не отговаря на заложените в образеца на техническото предложение и в документацията мерки за визуализация и публичност, тъй като в приложените изображения липсват съответните отличителни знаци в горната и долна част на документа е неконкретизирано от страна на оценителната комисия, но във възражението до ръководителя на УО е посочено, че липсват емблемата на ЕС и Европейския социален фонд (ЕСФ); логото на ОП РЧР за програмен период 2014-2020 г.; уеб сайтът за интернет достъп до и наименованието на проектите, от бюджета на които се финансира изпълнението на дейностите, включени в предмета на обществената поръчка по обособена позиция № 1. В т. 4 на Раздел I от „Техническата спецификация” по обособена позиция № 1 е предвидено, че участниците следва като част от техническото предложение да представят пълноцветни изображения, които да представляват идейна концепция за визията на артикулите, посочени в таблицата на техническата спецификация (пълноцветна разпечатка формат А4). В образеца на техническо предложение в Раздел VII „Образци на документи” от документацията, пълноцветните изображения са предвидени в т. 5 от техническото предложение, както и като негово приложение. Бенефициентът се е позовал на чл. 39, ал. 3, т. 1, буква е) от ППЗОП, според която разпоредба техническото предложение включва мостри, макети, описание и/или снимки на стоките, които ще се доставят, когато е приложимо. Действително, както и ръководителя на УО е посочил, пълноцветните изображения на артикулите са част от техническото предложение по обособена позиция №1 на обществената поръчка, но никъде не е предвидено, че самите те следва да съдържат в горната и долната си част въпросните отличителни знаци за визуализация и публичност. Доводът на жалбоподателя, че не бил спазен Единния наръчник на бенефициента за прилагане на правилата за информация и комуникация 2014-2020, не може да бъде възприет, тъй като не е обосновано какъв е посочения документ – кой го е издал, на какво основание, от какво произтича неговата предполагаема обвързваща сила за участниците в процедурата. Още повече, че подобни наръчници се издават от УО в помощ на бенефициентите при кандидатстване и изпълнение на проекти, финансирани от ЕС, с цел да се намали риска от допускането на грешки, респективно за намаляване на риска от налагане на финансови корекции. В този смисъл това е източник на информация, който няма обвързваща сила. При това положение не може да се изведе задължение за участниците в процедурата да поставят съответните отличителни знаци (емблемата на ЕС и Европейския социален фонд. (ЕСФ); логото на ОП РЧР за програмен период 2014-2020 г.; уеб сайтът за интернет достъп до и наименованието на проектите) в горната и долна част на приложените изображения. Следователно липсата на такива не съставлява основание за отстраняване по чл.107, ал.1 ЗОП, тъй като не е налице неизпълнение на условие, посочено в обявлението за обществена поръчка,

поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

С оглед гореизложеното съдът приема за безспорно установено, че участникът Т. Ко 04 Е. е бил неоснователно отстранен.

В процесното решение е формулирано още едно основание за налагане на финансова корекция, а именно участникът Б. Б. И. Е. по отношение на артикул 3 в техническото предложение не е посочил, че материалът ще е устойчив на неблагоприятни атмосферни условия и въпреки това не е отстранен, а е избран за изпълнител.

Видно от представената документация и в частност техническата спецификация по ОП1 е, че в Таблица № 1 артикул 3 представлява – информационна табела за ремонтирани помещения в ДБТ, като спецификацията на същата включва: минимален размер – 50x70 см.; материал – Р. с директен печат; материалът следва да е устойчив на неблагоприятни атмосферни условия.

От представеното изображение на артикул 3 се установява, че участникът Б. Б. И. Е. действително не е посочил, че материалът ще е устойчив на неблагоприятни атмосферни условия. Този факт не се оспорва и от страна на жалбоподателя. Същият навежда твърдения, че дори и участникът да не е уточнил в Техническото си предложение по ОП1 устойчивостта на материала на артикул № 3 на неблагоприятни атмосферни условия, то същата подлежи на задължителна проверка от страна на възложителя след подписване на договора. Това възражение е неоснователно, доколкото качествата на артикулите подлежат на оценка от страна на оценителната комисия, при това преди отваряне на ценовите оферти. Целта на комисията е да оцени дали подадените оферти отговорят на изискванията на възложителя, в случая устойчивост на материала на неблагоприятни атмосферни условия, за да преминат към следващия етап на оценка. Ако някоя от офертите на участниците не отговаря на изискванията заложи от възложителя са налице основания за отстраняване от по-нататъшно участие съответния участник на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. В този смисъл не може да се говори за проверка след подписване на договора.

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. В рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи предмета на поръчката и изискванията към потенциалните участници, като при спазване на разпоредбите на чл. 2, ал. 2 ЗОП е необходимо същите да не 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 този смисъл и с оглед фактическата обстановка в конкретния казус, преценката за

законосъобразност на извършената финансова корекция чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена и от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията в документацията, в частта относно съдържанието на техническото предложение като елемент от офертата на участниците, е спазил границите на оперативната самостоятелност и не е нарушил забраните, въведени с императивното предписание на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Техническото предложение е част от офертата, чрез която участниците заявяват желанието си за участие в процедурата по възлагане на етап подаване на оферти. Видно от предписанието на чл. 39, ал. 3, т. 1 ППЗОП, техническото предложение трябва да съдържа предложение за изпълнение на поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя. В противен случай помощният орган, отговарящ за допускането, разглеждането и оценката на подадените предложения, по аргумент от чл. 57, ал. 1 ППЗОП, няма да пристъпи към отваряне на ценовите предложения, респ. ще изключи съответния участник, представил несъответстващото техническо предложение от по-нататъшната процедура по оценяване и класиране. Именно тази правна последица, която законът придава на разминаването между установените спрямо техническото предложение изисквания, в това число закони и поставени от възложителя, и съдържанието на конкретно предложена оферта в частта ѝ относно техническото предложение, илюстрира значението на яснотата и точността на използваната за описанието им терминология.

Необходимостта от точен и ясен изказ в документацията за участие в обществените поръчки е била предмет на анализ и от Съда на Европейския съюз (СЕС), който в своите решения изрично е приел, че показателите, по които се оценява съответствието на техническите предложения, трябва да са формулирани така, че не само членовете на комисията да ги разберат и приложат по начин, който дава възможност действително да се провери съответствието на предложението с изискванията, но и да могат „всички разумно информирани и полагащи обичайната грижа потенциални участници да разберат техния точен обхват и съответно да ги тълкуват по еднакъв начин“. (Виж например: решение от 10 май 2012 г., Комисията с/у Кралство Н., С-369/10, EU:C:2012:284, т. 88, *mutatis mutandis* решение от 16 февруари 2012 г., С., С-72/10 и С-77/10, EU:C:2012:80, т. 73). Необходимо е възлагащият орган, респ. помощната комисия, чрез която упражнява правомощията си във връзка с допускането и оценяването на предложенията, да разполага с възможност да извърши действителна проверка дали офертите съответстват на поставените изисквания. (Решение от 22 юни 2017 г., С-49/17, U., EU:C:2017:491, т. 46, както и решение от 4 декември 2003 г., E., EU:C:2003:651, т. 56 и 57).

Логиката сочи, че в документацията възложителят следва да посочи ясно и нееднозначно на какви условия трябва да отговаря офертата, за да може в участниците да се създаде сигурност по какъв начин следва да съставят своята, за да бъдат допуснати до участие. В този смисъл не следва да се пораждат съмнения относно характера и обема на информацията, която те следва да предоставят в своите предложения, както и по какъв начин ще

бъде оценена тя. Предвидимостта при оценяването е особено важна характеристика на процедурата по възлагане на обществени поръчки, тъй като гарантира достъп на възможно най-широк кръг участници.

С оглед гореизложеното съдът приема за безспорно установено, че участникът Т. Ко 04 Е. е бил неоснователно отстранен, а участникът Б. Б. И. Е. /избран за изпълнител/ е подал оферта, която не отговаря на изискванията на възложителя и е следвало да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, а с това – че е осъществена сочената от ръководителя на УО нередност по т.14, предл. първо и второ от Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване нередности - неправилно прилагане на критериите за подбор или техническите спецификации, в резултат на което е определен за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации и е отстранен кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени. Относно възражението, че е налице хипотезата по т. 14, изр. трето от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, следва да се посочи, че същото е неоснователно, тъй като по никакъв начин жалбоподателят не доказва, че дори и да не е бил отстранен, кандидатът или участник не би бил определен за изпълнител, т.е. че нарушението няма финансово влияние и не се определя финансова корекция.

С оглед изложеното, направените в оспореното решение констатации и изводи на ръководителя на УО се потвърждават изцяло, поради което налагането на финансовата корекция е законосъобразно, в това число относно определения размер от 25 на сто, който е в съответствие с предвидения в Наредбата процентен показател за тези нередности.

Предвид гореизложеното, оспореното решение е законосъобразно по всички критерии на чл.146 от АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на делото претенцията на жалбоподателя за присъждане на сторените по делото разноси се явява неоснователна. От страна на процесуалния представител на ответника е направено искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, което следва да бъде уважено за сумата от 150,00 лева, на основание чл. 78, ал.8 от ГПК, вр. чл. 144 от АПК, вр. чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ, която изрично регламентира заплащането на възнаграждение по административни дела. По настоящото дело са проведени две съдебни заседания, като в първото заседание ответникът не е изпратил процесуален представител. Причина за отлагане на делото за следващо съдебно заседание е процесуалното поведение на ответника, поради неизпълнение на задължението за представяне в цялост на административната преписка. Делото не се характеризира с правна и фактическа сложност, в повече от обичайната за тази категория дела, както и не са събирани допълнително доказателства и не са назначавани експертизи. Поради така изложените съображения съдът приема, че независимо, че делото е с материален интерес над 10 000,00 лева, юрисконсултското възнаграждение следва да се

определи в посочения размер от 150,00 лева.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 16-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенцията по заетостта срещу Решение № BG05M90PO01-1-004-0001/96 от 15.03.2021 г. на заместник директор на Главна дирекция „Европейски фондове, международни програми и проекти“ в Министерство на труда и социалната политика и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси – 2014-2020“, с което е определена финансова корекция в размер 25 на сто от засегнатите допустими разходи в размер на 29 677,50 лв. - разходи, включени в И. № 27 по договор № 96/25.11.2019 г. с изпълнител Б. Б. И. Е..

ОСЪЖДА Агенцията по заетостта да заплати на Министерството на труда и социалната политика сума в размер на 150,00 лв. (сто и петдесет лева) за юрисконсултско възнаграждение.

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

Съдия: