

РЕШЕНИЕ

№ 2036

гр. София, 29.03.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 09.03.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

като разгледа дело номер **12576** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Министерство на образованието и науката - [населено място] срещу Решение № 02–445/07.12.2020г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор № Д03-42/08.10.2020г. на стойност 4 981 974.88 лв. без ДДС или 5 981 974.66 лв., като максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 1 495 493.67 лева. Жалбоподателят излага подробни доводи за нищожност на обжалваното решение, като издадено от некомпетентен орган, както и за неговата незаконосъобразност, като постановено при липса на мотиви, съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Представя подробни писмени бележки. Претендира присъждане на съдебни разноски за държавна такса.

Ответникът Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Представя подробни писмени бележки.

Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на претендирания адвокатски хонорар.

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

С оспореното Решение № 02–445/07.12.2020г. на Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, на основание чл. 73, ал.1 във вр. с чл.70, ал. 1, т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕСИФ, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ, приета с ПМС №57/28.03.2017г., на основание чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и Съвета, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016г., на Министерство на образованието и науката, е определена на финансова корекция в размер 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия Договор № Д03-42/08.10.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 4 984 978,88 лв. без ДДС (5 981 974,66 лв. с ДДС) в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Проектиране и изграждане на облачна среда и проектиране и внедряване на система за управление на идентичността и достъпа на потребителите - експерти, педагогически кадри, ученици и родители“. На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредба (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020г.), максималната стойност на финансовата корекция е 1 495 493,67 лв. (един милион четиристотин деветдесет и пет хиляди, четиристотин деветдесет и три лева и шестдесет и седем стотинки).

За да наложи оспорената финансова корекция УО е приел, че бенефициента е извършил нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл.2, ал.1, т. 1 и т.2 от ЗОП, което представлява нередност по т. 10 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на 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 Техническо задание за „Проектиране и изграждане на облачна среда и проектиране и внедряване на система за управление на идентичността и достъпа на потребителите – експерти, педагогически кадри, ученици и родители“, т. 5. „Изисквания към изпълнение на поръчката“, подточка 5.1 „5.1. Общи изисквания към изпълнението на обществената поръчка“ Възложителят е посочил следното:

„Участниците в настоящата обществена поръчка, трябва да са оторизирани от производителя/ите или от негов/и официален/и представител/и за Р България да предлагат и поддържат цялото предложено оборудване и софтуер, както следва:

- Виртуализация;
- Платформа за управление на виртуалните ресурси;

- CWDM;
- Платформа за наблюдение и анализ на виртуалната инфраструктура;
- Платформа за наблюдение и анализ на приложения.

Като неразделна част от техническото си предложение, участниците следва да приложат копие на документ/и, удостоверяващ/и съответствие с описаното от Възложителя изискване.“

Според УО така заложено изискването участниците „да са оторизирани от производителя/ите или от негов/и официален/и представител/и за Р България да предлагат и поддържат цялото предложено оборудване и софтуер“ налага задължение за всеки един потенциален участник, по аргумент на чл. 101, ал.5 от ЗОП, към момента на подаване на офертата да представи документ, от който да е видно наличието на изрична оторизация за предлагане и поддържане на оборудването и софтуера на територията на Република България, което предварително предопределя кръга на участниците, респ. необосновано ограничава от участие тези, които не притежават изискваната оторизация. В този смисъл участниците, които не могат да представят такъв документ, като част от техническото си предложение, няма да могат да участват в поръчката, а ако участват – няма да отговарят на изискванията на възложителя, заложен в техническата спецификация, поради което ще бъдат отстранени от участие в процедурата. Така горепосоченото изискване е ограничително на база необосновани национални изисквания, поради което са възпрепятствани да вземат участие в процедурата участници, които не са оторизирани изрично за територията на Република България да предлагат и поддържат оборудването и софтуера. Доказателство за изложеното е наличието на една единствена постъпила оферта по процедурата, а именно тази на избрания за изпълнител.

Според УО участници, които не са оторизирани от производителя/ите или от негов/и официален/и представител/и за територията на РБ, а имат обща оторизация да предлагат и поддържат оборудването и софтуера, не биха могли да вземат участие в процедурата. По този начин необосновано се ограничава кръга от потенциални участници, които разполагат с обща оторизация и се дава необосновано предимство на участниците с изрична оторизация за територията на Република България.

Освен това поставеното изискване за изрична оторизация за територията на Р България касае само част от дейностите, включени в предмета на поръчката, а именно само дейностите по доставка и поддръжка на оборудването и софтуера, т.е. така формулираното изискване за изрична оторизация за изпълнението на тези дейности не е съобразено с обекта на разглежданата поръчка, който е „услуга“ и в частност не е съобразено с предмета на обществената поръчка като цяло, който е проектиране и изграждане на облачна среда и проектиране и внедряване на система за управление на идентичността и достъпа на потребителите, което е в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. В случая въведеното изискване е предпоставка за изпълнението само на част от дейностите, включени в обхвата на поръчката, като това изискване категорично не е съобразено с цялостния предмет на поръчката, като по този начин необосновано се възпрепятства участието на икономическите оператори, които биха могли да изпълнят качествено услугата „проектиране и изграждане на облачна среда и проектиране и внедряване на система“ и без наличието на изискваната изрична оторизация за страната, а разполагайки с обща такава, даваща им право да предлагат и поддържат оборудването и софтуера, включени в предмета на поръчката. Формулираното

изискване е незаконосъобразно /дискриминационно/, тъй като дава необосновано предимство и необосновано ограничава участието на лица в обществената поръчка и не съответства на предмета и характера на същата, с което противоречи на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация и на свободна и лоялна конкуренция, прокламирани в чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, и е в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. В конкретния случай е оспореното решение е подписано от И. Н. П. (заместник - изп. директор), определен да замества изпълнителния директор за срока на отсъствието му от 02.12.2020 г. до 15.12.2020г. по надлежен начин със Заповед № РД-10-13/02.12.2020г., с която последният е определен да изпълнява функциите на Ръководител на УО на ОП НОИР за посочения в заповедта период – от 02.12.2020г. до 15.12.2020г. Предвид това, твърденията в жалбата, че подписването на решението от което и да е друго лице, различно от К. Г., води до липсата на компетентност, са неоснователни. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Констатираните нередности са посочени в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. номер BG05M2OP001-2.012-0001-C01-M071 от 18.11.2020 г., като на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в срок от две седмици от получаване на уведомлението на бенефициента е дадено право да представи своите писмени възражения по

основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. На 02.12.2020 г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-2.012-0001-C01-M075 бенефициентът Министерство на образованието и науката е подал своите възражения, като възражението относно констатациите по т. I Използване на ограничителни технически спецификации, е прието за основателно от УО и за него не му е наложена финансова корекция.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в противоречие на материалноправните разпоредби:

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер. Основанията за налагане на финансова корекция са установени в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) Регламент №1303/2013 (чл. 98 Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013) държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013 (чл. 70 (1) Регламент №1083/2006) държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължението на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 Регламент №1303/2013 (съответно чл. 2 (7) Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013), съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно българският законодател приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ основания, води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането. Това поставя въпроса какво точно трябва да докаже органа, защото негова е доказателствената тежест с оглед на чл. 170, ал. 1 АПК, за да се приеме за законосъобразен акта му по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ.

Първото, което органът трябва да докаже досежно този елемент на фактическия състав на нередността е нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право.

Съдът намира за недоказано от страна на ответника соченото нарушение на националното право - чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл.2, ал.1, т. 1 и т.2 от ЗОП - използване на техническа спецификация, която е дискриминационна на базата на необосновани национални изисквания.

Съгласно чл. 49, ал. 1 от Закона за обществените поръчки, техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на

предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация. В допълнение в чл. 2, ал. 2 от ЗОП е посочено, че 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. 101, ал. 5 от ЗОП, при изготвяне на офертата всеки участник трябва да се придържа точно към обявените от възложителя условия.

Съдът намира, че обясненията на жалбоподателя, дадени в неговото възражение пред УО относно изискването за оторизация на официалния представител на производителя за предлагане и поддържане на оборудването и софтуера на територията на Република България, са логични и е следвало да бъдат приети от него. Териториалното уточнение се отнася не към правата на оторизирания субект, а към правомощията на официалния представител на производителя. Следователно, изводът на УО на ОП НОИР, че това изискване налага задължение за всеки един потенциален участник към момента на подаване на офертата да представи документ, от който да е видно наличието на изрична оторизация за предлагане и поддържане на оборудването и софтуера на територията на Република България, е неправилен.

Никъде в Техническата спецификация или в други части на документацията за участие в процедурата не е посочено изискване, че оторизирането трябва да бъде изрично или само и единствено за България. Единственото очакване на Възложителя е оторизирането да изхожда от производителя или от субект, който има право да го представлява и преупълномощава трети лица от негово име на територията на България, т.е. от негов официален представител в България, като това е изискване, напълно относимо към спецификата на поръчката – целта му е доставеното оборудване, което формира съществена част от стойността на поръчката и е технологичната основа, върху която трябва да се изгради облачната среда, да се достави с всички права на гаранционна поддръжка от производителя. Ето защо, изискването е относимо и пропорционално, доколкото гарантира безпроблемното функциониране на това ключово за облачната среда оборудване в срока на гаранционна поддръжка, даван от производителя. Гаранционната поддръжка е съществена част от цената на артикула, тъй като тя дава право на смяна на дефектирани през периода на гаранционна поддръжка компоненти и дори подмяна на целия продукт, в случай че прояви непоправим дефект.

Целта на обществената поръчка с предмет „Проектиране и изграждане на

облачна среда и проектиране и внедряване на система за управление на идентичността и достъпа на потребителите - експерти, педагогически кадри, ученици и родители“ е създаване на комплексна информационна система, чиито компоненти и под-системи изискват високо-квалифицирана и специализирана гаранционна поддръжка, за да може същата да функционира коректно и да обслужва зададените цели и подцели на проектната рамка. Предвид гореизложеното е заложено и изискването на Възложителя за оторизация на всеки участник, за да се неутрализира риска от участие и последващо изпълнение на обществената поръчка от компания, която няма нужната квалификация и възможност да изпълни качествено и в цялост обхват на поръчката. Ето защо се явява необоснован изводът на УО, че така формулираното изискване за изрична оторизация за изпълнението не е съобразено с цялостния предмет на поръчката, доколкото касае само част от дейностите, включени в предмета на поръчката, а именно само дейностите по доставка и поддръжка на оборудването и софтуера и съставлява нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Формулираното изискване не е дискриминационно, тъй като не дава необосновано предимство и не ограничава необосновано участието на лица в обществената поръчка. Същото съответства на предмета и характера на поръчката. Оторизацията свидетелства за професионалната квалификация на съответната компания - потенциален участник в процедурата, и удостоверява че същият има необходимите качества и организация да извършва коректна имплементация и гаранционна поддръжка. За да получи оторизация от производителя съответната компания преди това следва да е покрила основни минимални изисквания за да докаже способността да извършва съответните професионални услуги по имплементация и поддръжка (пр. разполага с денонощен център за приемане на сервизни заявки, разполага с достатъчен брой сертифицирани специалисти, внедрила е организация за дежурства, оперира склад с резервни части и т.н.). Всичко изложено доказва адекватността на разглежданото изискване.

Предвид легалната законова дефиниция на понятието „нередност“, УО следва да е установил нередността като неравно третиране на определен икономически оператор, което да аргументира наличието на ограничителни последиствия с финансово отражение. С оглед фактическата обстановка и представените доказателства по делото това обстоятелство не е доказано по какъвто и да било начин. Липсата на елементите от фактическия състав на "нередността" в посочения по-горе смисъл, обективира извод за липса на основание за налагане на

финансова корекция. Изложеното обосновава извод за незаконосъобразност на обжалвания акт поради неправилно приложение на материалния закон и противоречие с целта на закона. Поради изложеното актът следва да бъде отменен като незаконосъобразен.

По отношение на претендираните от жалбоподателя разноски за държавна такса, съдът счита, че макар с оглед изхода на спора такива да се дължат, същото е неоснователно, доколкото е налице съвпадение между страните – в случая Министерство на образованието и науката като жалбоподател е и юридическото лице, в чиято структура се намира органът – ответник.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 02–445/07.12.2020г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което на Министерство на образованието и науката е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор № Д03-42/08.10.2020г. на стойност 4 981 974.88 лв. без ДДС или 5 981 974.66 лв., като максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 1 495 493.67 лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: