

РЕШЕНИЕ

№ 1944

гр. София, 23.03.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 09.12.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **1395** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на [фирма] срещу Решение № РД- 16-1721/28.10.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОПИК 2014-2020 г. (Р. на ОПИК) за определена финансова корекция по административен договор за безвъзмездна финансова помощ (АДБФП) № BG16RFOP002-1.001-0197-C01 като необоснована, неоснователна и недоказана и моля съда да я остави без уважение. В жалбата се излагат твърдения, че оспореният акт е незаконосъобразен, поради нарушение на административно –производствените правила, противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

Жалбоподателят твърди, че в настоящия случай министерството излага едно свое субективно виждане за това, че [фирма] е пречило необосновано участието на лица в процедурата, каго в публичната покана е посочено условие офертите да бъдат подадени за всички обособени позиции по обособена позиция 1 и обособена позиция 2. въпреки че, според министерството, става въпрос за две отделни доставки с различни срокове на доставка, а именно доставка на активи (обособена позиция № 1) и доставка на услуга по разработване и инсталиране на специализиран софтуер. Според министерството двете позиции могат и е следвало да бъдат механично

разделени, като възложителят „В.“ не бил показал как софтуерът и хардуерът са свързани. Оттук изводът, че изискването оферти да бъдат подадени и за двете позиции, се ограничавало правото на потенциални кандидати да участват в доставката само на едната от двете позиции и така се ограничават кръгът от потенциални участници - нередност по т.11 от Приложение 1 към чл. 2ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляваща нарушение па чл. 51. ал. 4 от ЗУСЕСИФ, подлежащо на санкция по реда на чл. 73, ал. 2, във вр. с чл. 70-72 от ЗУСЕСИФ, изразяваща се във финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключения договор.

Счита, че вследствие на неправилно възприемане на фактическата обстановка, направените изводи от страна на министерството са неправилни, което прави обжалваните писмо и решение незаконосъобразни като издадени в нарушение на материалния закон и целта на закона, което е основание за тяхната отмяна на основание чл. 146. т.4 и 5 от АПК. Излага следните аргументи:

Аргументите на министерството са изцяло субективни и необосновани и не са основание за постановяване на решение по чл. 73, ат. 1 от ЗУСЕСИФ. Те не изхождат от обективните дадености на проекта и целения резултат. Не е вникнато в същността на процедурата и в процесите, които следва да се имплементират с настоящата поръчка и договор. Не е посочена каквато и да било методика, по която са оценявани двете позиции от страна на министерството и тяхната взаимовръзка с оглед целения резултат и трайни последици. Не е коректен и изводът, че двете позиции могат да се изпълняват независимо една от друга, а бенефициерът „В.“ е заложило ограничителни условия за съвместното им изпълнение.

Считат, че бенефициерът „В.“ никъде не е залагал ограничителни за отделни участници в поръчката изисквания. Никъде няма заложена пречка обособена позиция 1 и обособена позиция 2 да се изпълняват от различни кандидати. Безусловно обаче е изискването на бенефициера изпълнителите по едната позиция да имат капацитета, знанията и възможностите да изпълняват и по другата позиция, защото доставката на активи предполага не каквито и да е активи, а хардуер по позиция 1. на който да е възможно впоследствие да се изпълни услугата по инсталиране на софтуера по позиция 2. И обратното, доставчикът на софтуера трябва да има капацитета и познанията относно доставения по позиция 1 хардуер, така че да се достигне до крайния целен резултат - инсталиране на точно определен софтуер върху точно определен хардуер с точно определени показатели и траем ефект за компанията в бъдеще. Механичното разделяне на двете позиции каго несвързани иманентно една с друга би поставило реалния риск за доставка на несъвместими активи и услуги, така че да има налични активи по позиция 1. върху които обаче да не може да се инсталира софтуерът по позиция 2. или обратното.

Излага също, че сроковете от 30 дни за доставка по позиция 1 и 8 месеца за доставка по позиция 2 също не предполагат възможността за механично разделяне на двете позиции, както се твърди в писмото на министерството. Напротив, тези срокове единствено и само фиксират етапите на изпълнение на поръчката, без да изключват първоначално зададеното условие който и да е от участниците по едната позиция да

разполага с капацитет и познания за изпълнение и на другата позиция. Счита, че и тук не може да става и дума за ограничаване правата на участниците в процедурата.

Жалбоподателя твърди, че липсата на дискриминационно условие е била установена от УО и той е приел, че условието за кандидатстване по двете обособени позиции няма никакво негативно влияние върху условията за провеждане на процедури за избор на изпълнител, съгласно приложимото законодателство и са спазени всички приложими правила за избор на изпълнител, като е осигурен достъп до документите за участие на всички заинтересовани лица. Твърди се, че подробни аргументи за причините, поради които в публичната покана са посочени точно тези условия, налагащи изискването всеки кандидат да има капацитет за реализация на комплексна интегрирана система от хардуерни и софтуерни елементи, какъвто е предметът на проекта, както и аргументи за липсата на каквито и да било дискриминационни или ограничителни изисквания, са изложени подробно в писмо до министерството вх. № 26-B-161/18.06.2019 г. Иска Решение на Ръководителя на УО на ОПИК да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателя, чрез процесуалния си представител – адв. П. поддържа жалбата, моли съда да отмени оспорения индивидуален административен акт по изложените в жалбата съображения, претендира разноски за държавна такса и депозит за вещо лице, не претендира адвокатски хонорар.

Ответникът по жалбата - Ръководителят на УО на оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020г. и Главен Директор на ГД“Европейски фондове за конкурентоспособност в Министерство на икономиката, редовно призован, се представлява от юрк. Х.. В хода на производството процесуалния представител оспорва жалбата, счита същата за неоснователна и недоказана и моли съда да я отхвърли. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

СГП редовно призована не изплаща представител.

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

Във връзка с представен окончателен доклад от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ /ОСЕС/, Управляващият орган е извършил повторна проверка на проведена процедура „избор с публична покана“ по реда на Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ с предмет: „Доставка, монтаж и пускане в експлоатация на ДМА и ДНА с обособени позиции: ОП 1: доставка, монтаж и пускане в експлоатация на ДМА: сървър 3 бр.; компютърна станция - 25 бр.; разпределителна кутия - бр., карти за архив на данни 2 бр.; контролери - 2 бр.; монитор - 11 устройства за отдалечен достъп - 7 бр.; рутер - 10 бр.; компютърна станция отдалечен контрол - 2 бр.; ОП 2: разработване, инсталация и пускане в експлоатация на ДНА: система за мониторинг, превенция и предиктив на хидро и електро-механични съоръжения - 1 бр.“ и сключен договор № BG16RFOP002-1.001-0197-C01/Su-01 от 28.09.2017 г. с изпълнител [фирма] по

договор предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-1.001-0197-C01 е бенефициент [фирма]. При проверката било установено следното отклонение:

Ограничително изискване.

В раздел II. 1.4) от публичната покана е посочено условието офертите да бъдат подадени за всички обособени позиции с мотива, че се предвижда внедряване на иновационен процес по интелигентен мониторинг, превенция и прогнозна техническа поддръжка на хидро и електро-механични съоръжения за постигане на активно обслужване с предотвратяване на аварийни ситуации, изграден посредством функционално взаимосвързани хардуерни компоненти и софтуер. Това изисква изграждане на напълно интегрирана система от съвместими компоненти - хардуер и софтуер, обединени в системна интеграция с пълна отговорност за крайния резултат. При анализиране характера на предвидените за изпълнение по двете обособени позиции дейности се установи:

- по обособена позиция № 1 е предвидена доставка на активи. За всеки от тях, още при откриване на процедурата, са определени минимални технически параметри, видно от образца на техническото предложение. Тези технически параметри се отнасят до: за 3-те сървъра - минимални технически характеристики на процесорите, хард диска, RAM паметта; за 25-те компютърни станции - конкретни минимални характеристики на процесорите, видео карта, RAM памет, хард диск, монитор; за 4-те разпределителни кутии - размери, портове и захранване, за 2 -те карти за архив на данни, 2 контролера, 11 монитора - размери, резолюция, яркост, време за реакция и др., за 11-те устройства за отдалечен достъп - размери, дисплей, памет, камера, за 10-те рутера и 2 компютърни станции за отдалечен контрол - следователно характеристиките на оборудването са предварително известни и същите няма да станат ясни в резултат на разработването на софтуера.

- по обособена позиция № 2 е предвидено изпълнението на услуга по разработване на специализиран софтуер „Система за мониторинг, превенция и предиктив на хидро и електро-механични съоръжения" с 3 модула, за които са зададени функционални изисквания като възможност за наблюдение на физически параметри, събиране на данни, изпращане на данни, анализ на данни, обработване на потоци от данни и др.

Релевира се извода, че видно от изложеното, дейностите по обособена позиция № 1 представляват интерес на доставчиците на компютърно оборудване, а дейностите по обособена позиция № 2 представляват интерес на разработчиците на приложен софтуер. Следователно предметът на процедурата включва доставка на хардуер и услуга по разработване на софтуер, като дейностите по двете обособени позиции са от интерес на различни групи икономически оператори, тъй като на пазара се предлагат от лица, които се различават по опит и квалификация. Още повече, че както е посочено и по-горе, параметрите на оборудването не е предвидено да станат известни в резултат на проектирането на софтуера, а обратното. Съгласно раздел II.3. от публичната покана срокът за изпълнение за обособена позиция № 1 е до 30 дни, а за обособена позиция №2-8 месеца. Това означава, че се очаква доставка на

оборудването преди разработване на софтуера. С поставянето на изискване за кандидатстване и по двете обособени позиции необосновано е ограничено участието на лицата в процедурата.

С кореспонденция № BG16RFOP002-1.001-0197-C01-M001 от 07.03.2017 г. била представена обосновка защо процедурите за доставка на ДМА и ДНА трябва да бъдат обединени в една, а именно с цел превенция и минимизиране на рискове, като: слаба координация между доставчик на хардуера и софтуера, липса на гъвкавост, невъзможност за динамични настройки на конфигурацията и др., следователно липсата на разделяне не се обосновава с техническите специфики по изпълнението на договора, а със субективни фактори.

Било видно от предмета на поръчката, че се доставя приложен софтуер, който за разлика от системния софтуер не е пряко свързан с хардуера (драйвери и т.н.) и при който интеграцията би била възможна и успешна и в случай на разделяне на предмета. Според техническата спецификация към образеца на оферта възложителят по никакъв начин не е показал как софтуерът и хардуерът са свързани. Напротив, в Допълнителни технически характеристики, подлежащи на оценка (т. 2.1. Поддържани платформи), били посочени операционни системи W., L. и U.. Следователно били допустими най-различни сървърни конфигурации, които биха могли да работят на всяка една от изброените операционни системи, доставчиците на които са широк кръг, В т. 1.b. е посочено W. слой: W. сървър (J.,W., други), като J. (W.), например работи на J., а версии на J. има за всяка една от описаните операционни системи. Следователно, в изготвения проект стандартният хардуер е специфициран достатъчно конкретно, за да може да бъде доставен и от различен доставчик, без това да застраши ефективността и ефикасността. Ето защо интеграцията на хардуер и софтуер в единна система, която да гарантира синхронизация и интеграция на всички нива, както и максимално проследяемост на работата на системата и евентуалните ѝ смущения, е напълно възможна. С оглед на това, както е посочено и по-горе, дейностите по обособена позиция № 1 представляват интерес на доставчиците на компютърно оборудване, а дейностите по обособена позиция № 2 представляват интерес на разработчиците на приложен софтуер. Характеристиките на компютърно оборудване са били предварително известни, доставката е извършена поетапно по заявка на бенефициента.

В хода на изпълнение на поръчката не се предвиждало изясняване и/или промяна на параметри на доставения хардуер. Успешното интегриране на хардуера и софтуера в единна система се постигало, като в процеса по разработване на софтуера се взимат предвид характеристиките на разполагаемия хардуер, т.е. е цел на изпълнението на обособена позиция № 2.

В резултат е установено, че във връзка с изложеното, за извършване на доставката по обособена позиция № 1 няма налице необходимост доставчикът да има възможност да извърши и разработката по обособена позиция № 2 и обратното - няма необходимост разработчикът по обособена позиция № 2 да има капацитет и възможност да извърши доставка на определено оборудване. С изискването оферти да се подават за всички обособени позиции, при това за дейности, които предполагат различен кръг

заинтересовани лица, се ограничавало необосновано участието на икономически оператори, които имат капацитет и интерес да извършат дейностите само по една от обособените позиции.

Имайки предвид гореизложеното било налице нарушение на чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, според който бенефициентите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (изменена с ПМС № 202 от 15.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г.), за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за изпълнение № BG16RFOP002-1.001-0197-C01/SU-01 от 28.09.2017 г, с изпълнител [фирма] на стойност 1 560 150.00 лв. без ДДС.

Проверяващият орган е счел, че в настоящия случай, размер на финансова корекция от 5 % съответства на естеството и сериозността на нарушението, поради следните съображения: - по процедурата е получена 1 оферта; - интензитетът на безвъзмездната финансова помощ е 54,25%, т.е. бенефициентът има значителен собствен принос.

За установеното Управляващият орган (УО) на ОПИК 2014-2020 г. с писмо изх. № 26-B-161/09.09.2019 г. (кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № BG16RFOP002-1.001-0197-C01-M041 от 09.09.2019 г.) е уведомил бенефициента [фирма] за установено обстоятелство, което поражда съмнение за нарушение, за което предстои да бъде наложена финансова корекция, както и за правото му да възрази по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

В деловодството на Министерство на икономиката, [фирма] е представил възражение с вх. № 26-B-161/24.09.2019 г., в което твърди, че не е налице констатираното от УО нарушение.

1. Във възражението си жалбоподателят [фирма] твърди, че не е допуснато ограничително изискване в горепосочената процедура за избор на изпълнител. В своите аргументи бенефициентът изтъква, че никъде в публичната покана и прилежащата към нея документация няма заложен пречка обособена позиция 1 и обособена позиция 2 да се изпълняват от различни кандидати. Обръща внимание, че е безусловно изискването изпълнителите по едната позиция да притежават капацитета, знанията и възможностите да изпълняват и по другата позиция, защото доставката на активи предполага не каквито и да е активи, а хардуер по позиция 1, на който да е възможно впоследствие да бъде инсталиран софтуера по обособена

позиция 2 и обратното. Следователно механичното разделяне на двете позиции като несвързани иманентно една с друга би поставило реалния риск за доставка на несъвместими активи и услуги, така че да има налични активи по позиция 1, върху които обаче да не може да се инсталира софтуерът по позиция 2, или обратното. Относно сроковете за изпълнение: 30 дни за доставка по обособена позиция 1 и 8 месеца за обособена позиция 2, не предполагат възможност за механично разделяне на двете позиции, а напротив - фиксират етапите на изпълнение на предмета на процедурата без да изключват първоначално зададеното условие, който и да е от участниците по едната позиция да разполага с капацитет и познания за изпълнение и на другата позиция.

2. Във възражението бенефициентът препраща към аргументите си за липсата на каквито и да било дискриминационни или ограничителни изисквания в процедурата, предмет на проверка в настоящото решение, в своето писмо до Ръководителя на Управляващия орган с вх, № 26-B-161/18.06.2019 г. Писмото е отговор във връзка с констатациите, направени в доклада за резултатите от проверка на проект BG16RFOPQ02-1.0Q1-0197-C01 „Внедряване на иновативен процес във фирма [фирма]“, извършен от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския Съюз“.

Изложил е в своите аргументи за липсата на нарушение допълвайки, че е показателен фактът, че не е постъпил нито един сигнал от когото и да било за каквито и да било ограничения и/или дискриминационни условия в проведения избор изпълнител. Бенефициентът допълва, че в потвърждение на аргументите му за липса на нарушение по процесната процедура, е и извършеният предварителен контрол от Управляващия орган. В тази връзка са представени и писмата след извършения предварителен контрол от УО: искане за пояснения и допълнителни документи с изх. № 26-B-161/07.07.2017 г. (кореспонденция в ИСУН 2020 № BG16RFOP002-1.001-0197- C01-M008 от 18.07.2017 г.), писмо за одобрение на документация за провеждане на избор на изпълнител с публична покана с изх. № 26-B-161/09.08.2017 г. (кореспонденция в ИСУН 2020 № BG16RFOP002-1.001-0197-C01-M012 от 10.08.2017 г.), писмо за одобрение на оценителен протокол от проведен избор на изпълнител с изх. № 26-B-161/12.09.2017 г. (кореспонденция в ИСУН 2020 № BG16RFOP002-1.001-0197- C01-M015 от 13.09.2017 г.).

Ръководителя на Управляващия орган на ОПИК 2014-2020 г., след като е прегледал и анализирал горепосочените аргументи от възражението на бенефициента е издал процесното Решение № РД- 16-1721/28.10.2019 г., в което са изложени съответни мотиви по възражението и е определена финансова корекция по договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-1.001-0197-C01 с бенефициент [фирма], ЕИК[ЕИК] в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по договор за изпълнение

№ BG16RFOP002- I.OOI-0197-C./Su-OI от 28.09.2017 г. с изпълнител [фирма] възлизаща към настоящия момент на 39 003.75 лв. безвъзмездна финансова помощ, при обща стойност на договора за изпълнение 1 560 150.00 лв. без ДДС.

За да издаде процесното решение УО е изложил следното становище:

С възражението бенефициентът не е представил нови данни и/или факти, които да не са били известни на Управляващия орган при констатирането на нередността. УО излага, че в раздел II. 1.4) от публичната покана е посочено ясно и недвусмислено условието офертите да бъдат подадени за всички обособени позиции с мотива, че се предвижда внедряване на иновационен процес по интелигентен мониторинг, превенция и прогнозна техническа поддръжка на хидро и електромеханични съоръжения за постигане на активно обслужване с предотвратяване на аварийни ситуации, изграден посредством функционално взаимосвързани хардуерни компоненти и софтуер. Също така в документацията към публичната покана за всеки от активите по обособена позиция 1 са определени минимални технически параметри тоест характеристиките на оборудването са предварително известни и същите няма да станат ясни в резултат на разработването на софтуера. Аналогичен е и случаят с обособена позиция № 2, където е предвидено изпълнението на услуга по разработване на специализиран софтуер „Система за мониторинг, превенция и предиктив на хидро и електро-механични съоръжения” с 3 модула, за които са зададени функционални изисквания като възможност за наблюдение на физически параметри, събиране на данни, изпращане на данни, анализ на данни, обработване на потоци от данни и др. Видно от изложеното, дейностите по обособена позиция № 1 представляват интерес на доставчиците на компютърно оборудване, а дейностите по обособена позиция № 2 представляват интерес на разработчиците на приложен софтуер.

От горното следва, че предметът на процедурата включва доставка на хардуер и услуга по разработване на софтуер, като дейностите по двете обособени позиции са от интерес на различни групи икономически оператори, тъй като на пазара се предлагат от които се различават по опит и квалификация. Освен това, както е посочено горе, параметрите на оборудването не е предвидено да станат известни в резултат на проектирането на софтуера, а обратното. Съгласно раздел II.3. от публичната покана срокът за изпълнение за обособена позиция № 1 е до 30 дни, а за обособена позиция №2-8 месеца. Това означава, че се очаква доставка на оборудването преди разработване на софтуера. Изложен е извода, че с поставянето на изискване за кандидатстване и по двете обособени позиции необосновано е ограничено участието на лицата в процедурата.

На следващо място изрично е изложено, че становището на бенефициента, съдържащо се в писмо с вх. № 26-B-161/18.06.2019 г. (към което бенефициентът препраща в своето възражение), е взето предвид в окончателния доклад от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от

Европейския съюз" /ОСЕС/. Съща така в писмото за стартиране на финансова корекция с изх, № 26-B-161/09.09.2019 г. УО подробно е обосновал защо не приема аргументите на бенефициента. В горепосоченото писмо бенефициентът твърди, че при провеждане на процедура с обособени позиции, класирането се извършва за всяка позиция отделно. Изискването да се кандидатства за всички обособени позиции не означава и не предполага избиране на един и същ участник за изпълнител по всички обособени позиции. Поставеното от бенефициента изискване за участие и по двете обособени позиции в публичната покана не намалява влиянието и възможността за реализирането на идентифицираните рискове в извършения Анализ и оценка на риска при възлагане на хардуера и софтуера в рамките на отделни процедури.

Освен това решаващият орган е посочил, че в допълнителна обосновка, входирана в ИСУН 2020 с кореспонденция № BG16RFOP002-1.001-0197-C01-M001 от 07.03.2017 г., бенефициентът е посочил защо процедурите за доставка на ДМА и ДНА трябва да бъдат обединени в една, а именно с цел превенция и минимизиране на рискове, като: слаба координация между доставчик на хардуера и софтуера, липса на гъвкавост, невъзможност за динамични настройки на конфигурацията и др., следователно липсата на разделяне не се обосновава с техническите специфики по изпълнението на договора, а със субективни фактори.

Също така се излага, че видно от предмета на поръчката е, че се доставя приложен софтуер, който за разлика от системния софтуер не е пряко свързан с хардуера (драйвери и т.н.) и при който интеграцията би била възможна и успешна и в случай на разделяне на предмета. Освен това според техническата спецификация към образеца на оферта възложителят по никакъв начин не е показал как софтуерът и хардуерът са свързани. Напротив, в Допълнителни технически характеристики, подлежащи на оценка (т. 2.1. Поддържани платформи), са посочени операционни системи W., L. и U., Следователно са допустими най- различни сървърни конфигурации, които могат да работят на всяка една от изброените операционни системи, доставчиците на които са широк кръг. В т. 1.b. е посочено W.(слой: W. сървър (J.,W., други), като J. (W.), например работи J., а версии на J. има за всяка една от описаните операционни системи. Следователно, в изготвения проект стандартният хардуер е специфициран достатъчно конкретно, за да може да бъде доставен и от различен доставчик, без това да застраши ефективността и ефикасността. Ето защо интеграцията на хардуер и софтуер в единна система, която да гарантира синхронизация и интеграция на всички нива, както и максимално проследяемост на работата на системата и евентуалните ѝ смущения, е напълно възможна. Изложен е извода, че с оглед на посочено и по-горе, дейностите по обособена позиция № 1 представляват интерес на доставчиците на компютърно оборудване, а дейностите по обособена позиция № 2 представляват интерес на разработчиците на приложен софтуер. Характеристиките на компютърно оборудване са предварително известни, доставката е извършена поетапно по заявка на бенефициента. В хода на

изпълнение на поръчката не се предвижда изясняване и/или промяна на параметри на доставения хардуер. Успешното интегриране на хардуера и софтуера в единна система се постига, като в процеса по разработване на софтуера се взимат предвид характеристиките на разполагаемия хардуер, т.е. е цел на изпълнението на обособена позиция № 2. Във връзка с изложеното, за извършване на доставката по обособена позиция № 1 няма налице необходимост доставчикът да има възможност да извърши и разработката по обособена позиция № 2 и обратното - няма необходимост разработчикът по обособена позиция № 2 да има капацитет и възможност да извърши доставка на определено оборудване. С изискването оферти да се подават за всички обособени позиции, при това за дейности, които предполагат различен кръг заинтересовани лица, се ограничава необосновано участието на икономически оператори, които имат капацитет и интерес да извършат дейностите само по една от обособените позиции.

Относно твърдението, че не е постъпил нито един сигнал за каквито и да било ограничения и/ или дискриминационни условия, УО е обърнал внимание, че писмото за стартиране на финансова корекция представлява сигнал за нередност.

Решаващият орган е изложил също, че що се отнася до аргумента, че не е налице нарушение на процедурата, защото УО е извършил предварителен контрол на всеки един етап от провеждането на процедурата, бенефициентът следва да има предвид, че фактът на осъществен върху процедурата предварителен и текущ контрол не изключва правомощието на ръководителя на УО за последваща проверка и провеждане на производство по определяне на финансова корекция. В допълнение на представеното от бенефициента искане за пояснения и допълнителни документи с изх. № 26-B-161/07.07.2017 г. (кореспонденция в ИСУН 2020 № BG16RFOP002-1.001-0197-C01-M008 от 18.07.2017 г.) в т. 3 УО е препоръчал, предвид спецификата на предмета на процедурата, същата да бъде разделена на две обособени позиции, за да не ограничава потенциалните кандидати да участват.

Като резултат, във връзка с гореизложените мотиви РО е приел, че е налице нарушение на чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, което представлява нередност по т. 11 от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

Решението е връчено на В." Е. на 05.11.2019г., като срещу него е подадена жалба до АССГ на 12.11.2019г.

В хода на съдебното производство не се представиха допълнителни писмени доказателства, относими към предмета на спора.

По делото е допусната и приета съдебно-техническа експертиза. ВЛ Д. 3. на поставените му въпроси даде следното заключение:

На въпрос 1. Възможно ли е обособена позиция 1 и обособена позиция 2 да се изпълнят отделно една от друга, от различни доставчици, без значение дали доставчикът по едната позиция има необходимият капацитет да изпълни и другата?

ВЛ е отговорило : Обособена позиция 1, която се отнася за доставка, монтаж и пускане в експлоатация на хардуерни устройства и обособена позиция 2, която се отнася за разработване, инсталация и пускане в експлоатация, е възможно да бъдат изпълнявани от различни доставчици. Доставката и монтажа могат да се извършат от всеки един доставчик на компютърен и мрежови хардуер, а относно пускането в експлоатация същото може да бъде извършено от системен администратор или ако фирмата доставчик осигури необходимия специалист. Относно обособена позиция 2 - разработването, инсталацията и пускането в експлоатация може да бъде извършено от доставчик, който предлага разработване на софтуерни решения и който не е задължително да е доставчик на хардуер.

На въпрос 2. Изхождайки от техническите характеристики на двете обособени позиции, необходимо ли е изпълнителят на едната обособена позиция да притежава знанията и капацитета да изпълни и другата?

ВЛ е отговорило : Не е необходимо изпълнителят на едната обособена позиция да притежава знанията и капацитета да изпълни и другата.

На въпрос 3. Ако двете позиции се изпълняват от различни доставчици, без доставчикът по едната позиция да има капацитет да изпълнява и друга позиция, това би ли довело до обективен риск от техническа страна за надлежното изпълнение на цялостната поръчка, включваща изпълнението на двете обособени позиции?

ВЛ е отговорило : При хипотеза, че двете позиции се изпълняват от различни доставчици, е необходимо първо изпълнителят на обособена позиция 2 да е представил на възложителя своите изисквания относно операционната сървърна система, базата данни и параметрите на сървърния хардуер, необходими за разработването на софтуерното решение, което следва да се внедри и пусне в експлоатация. Възложителят от своя страна подготвя необходимия хардуер, както и сървърна среда за пускане в експлоатация на софтуерното решение, като предоставя на изпълнителя по обособена позиция 1 изискванията на изпълнителя по обособена позиция 2. Ако двете позиции се изпълняват от различни доставчици, без доставчикът по едната позиция да има капацитет да изпълнява и друга позиция, това не би представлявало обективен риск от техническа страна за надлежното изпълнение на цялостната поръчка. Обективен риск за изпълнение на цялостната поръчка би възникнал ако възложителят не осъществи контрол върху изпълнението на обществената поръчка от всеки един от изпълнителите по обособените позиции и при необходимост не осигури

комуникация между изпълнителите.

Заклучението е прието без възражение от страните.

Съдът приема заключението, като обективно и безпристрастно и относимо към предмета на спора.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е връчен на жалбоподателя чрез ИСУН на 05.11.2019г., а жалбата до АССГ е депозирана на 12.11.2019г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е **процесуално допустима**.

Разгледана по същество, жалбата е **неоснователна**.

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

1.По въпроса за компетентността на органа, издал обжалвания акт:

Оспореният акт е издаден от компетентен орган. Съгласно чл.9 ал.5 от ЗУСЕСИФ , ръководителят 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 управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице.

Решението за налагане на финансова корекция е издадено от Главния директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“, в качеството му на надлежно упълномощен на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ Ръководител на УО на ОПИК 2014-2020 г. със Заповед № РД-16-785/15.05.2019 г. от Министъра на икономиката, /л.19-20/ в качеството му на компетентен административен орган, на когото със ЗУСЕСИФ са предоставени правомощия за определяне и извършване на финансови корекции. Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Съгласно чл. 30, ал. 1, т. 2 от Устройствения правилник на Министерството на икономиката, Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност" изпълнява функциите на УО на ОПИК 2014-2020 г. Съгласно чл. 3 от Устройствения правилник на Министерството на икономиката, във вр. с чл. 25, ал. 1 от Закона за администрацията,

ръководител на Министерството на икономиката е Министърът на икономиката. Оспореното решение е издадено от г-жа И. И., именно в качеството ѝ на Ръководител на УО на ОПИК 2014-2020г. в периода на издаване на процесното решение, поради което съдът намира, че актът е издаден от компетентен орган.

2. Форма на акта:

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл.59 ал.2 от АПК във връзка с чл.73 ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл.59 ал.2 т.4 от АПК. В акта е посочено установено нарушение по т.11 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/Наредба за посочване на нередности/ като е прието, че същото съставлява нарушение на чл. 51, ал.4 от ЗУСЕСИФ. Оспореният акт е издаден на основание чл.73 ал.1 във връзка с чл. 51, ал.4 от ЗУСЕСИФ. Доколко тези фактически и правни основания са материално законосъобразни и доколко обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

3.Административнопроизводствени правила:

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

При осъществяването на своите правомощия при определяне на финансовата корекция, Ръководителят на УО на ОПИК 2014-2020 г. е спазил изцяло предвидения в ЗУСЕСИФ ред и форма. В резултат на извършена проверка за законосъобразност на процедурата за избор на изпълнител по реда на чл. 50 от ЗУСЕСИФ и ПМС 160/2016г. с горепосочения предмет, УО на ОПИК 2014-2020 г. е установил наличието на предпоставки да счита, че е налице нарушение, за което предстои да бъде наложена финансова корекция.

С писмо с изх. № 26-В-161/09.09.2019 г., качено в ИСУН 2020 с

кореспонденция с рег. № BG16RFOP002-1.001-0197-C01-M041 от 09.09.2019 г., бенефициентът е уведомен по надлежния ред за наличието на данни, въз основа на които може да се направи основателно предположение за допуснато нарушение, за което предстои да бъде наложена финансова корекция. В посоченото писмо подробно са изложени категорията нарушение и нормативните разпоредби, които са нарушени.

Следователно с първоначалното писмо административният орган е осигурил на бенефициента нормативно установената възможност да представи коментари, бележки или допълнителни документи, с които да мотивира възражение срещу налагането на финансова корекция или срещу нейния размер.

Представеното от бенефициента възражение с вх. № 26-B-161/24.09.2019 г. е разгледано от УО на ОПИК 2014-2020 г. по надлежния ред. Били са взети предвид и обсъдени изложените в него доводи. Самото производство по налагане на финансова корекция е завършило с издаване на Решение № РД-16-1721/28.10.2019 г. В него са изложени и мотивите за отхвърляне на искането на бенефициента да не се налага финансова корекция, както и кои обстоятелства са довели до формираното убеждение, че в случая е допуснато нарушение на посочените разпоредби.

4. Съответствие с материалноправните разпоредби и съответствие с целта на закона.

Фактическият състав на нередността - дефиниран в член 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби на 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 (Регламент № 1303/2013), приложим за процесния програмен период, съдържа три кумулативни елемента: 1.) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; 2.) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на свързаното с него национално право; 3.) и което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Спорът по делото е за втория елемент на фактическия състав на нередността – нарушението.

Но за да е налице нарушение на правото - на Съюза и на свързаното с него национално право, е необходимо за бенефициера (по смисъла на член 2, т. 10

от Регламент № 1303/2013) да е налице задължение за спазване на съответната разпоредба.

Разпоредбата на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ поставя изискване към бенефициентите да определят изпълнител след провеждане на процедура за избор с публична покана при спазване принципите на свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Съгласно чл. 51, ал.4 от ЗУСЕСИФ бенефициентите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, както и информация, насочваща към конкретен модел, източник, процес, търговска марка, патент или друго подобно, което би довело до облагодетелстването или елиминирането на определени лица или продукти, а когато предвид спецификата на предмета това е обективно невъзможно, след посочването им се добавят думите "или еквивалентно".

Съдът споделя изводите на административния орган, че в резултат на проверка на горепосочената процедура за избор на изпълнител е констатирано, че е допуснато нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, изразяващо се в следното:

В раздел II. 1.4) от публичната покана е посочено условието офертите да бъдат подадени за всички обособени позиции с мотива, че се предвижда внедряване на иновационен процес по интелигентен мониторинг, превенция и прогнозна техническа поддръжка на хидро и електро-механични съоръжения за постигане на активно обслужване с предотвратяване на аварийни ситуации, изграден посредством функционално взаимосвързани хардуерни компоненти и софтуер. Това изисква изграждане на напълно интегрирана система от съвместими компоненти - хардуер и софтуер, обединени в системна интеграция с пълна отговорност за крайния резултат. При анализиране характера на предвидените за изпълнение по двете обособени позиции дейности се установи:

- по обособена позиция № 1 е предвидена доставка на активи. За всеки от тях, още при откриване на процедурата, са определени минимални технически параметри, видно от образеца на техническото предложение. Тези технически параметри се отнасят до: за 3-те сървъра - минимални технически характеристики на процесорите, хард диска, RAM паметта; за 25-те компютърни станции - конкретни минимални характеристики на процесорите, видео карта, RAM памет, хард диск, монитор; за 4-те разпределителни кутии - размери, портове и хранване, за 2 -те карти за архив на данни, 2 контролера, 11 монитора - размери, резолюция, яркост, време за реакция и др., за 11-те устройства за отдалечен достъп - размери, дисплей, памет, камера, за 10-те рутера и 2 компютърни станции за отдалечен контрол -

следователно характеристиките на оборудването са предварително известни и същите няма да станат ясни в резултат на разработването на софтуера.

- по обособена позиция № 2 е предвидено изпълнението на услуга по разработване на специализиран софтуер „Система за мониторинг, превенция и предиктив на хидро и електро-механични съоръжения" с 3 модула, за които са зададени функционални изисквания като възможност за наблюдение на физически параметри, събиране на данни, изпращане на данни, анализ на данни, обработване на потоци от данни и др.

Съдът изцяло споделя извода на решаващият орган. От изложеното се налага извода, че дейностите по обособена позиция № 1 представляват интерес на доставчиците на компютърно оборудване, а дейностите по обособена позиция № 2 представляват интерес на разработчиците на приложен софтуер. Следователно предметът на процедурата включва доставка на хардуер и услуга по разработване на софтуер, като дейностите по двете обособени позиции са от интерес на различни групи икономически оператори, тъй като на пазара се предлагат от лица, които се различават по опит и квалификация. Още повече, че както е посочено и по-горе, параметрите на оборудването не е предвидено да станат известни в резултат на проектирането на софтуера, а обратното. С изискването оферти да се подават за всички обособени позиции, при това за дейности, които предполагат различен кръг заинтересовани лица, се ограничава необосновано участието на икономически оператори, които имат капацитет и интерес да извършат дейностите само по една от обособените позиции. Следователно е налице нарушение на чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, според който бенефициентите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата. Нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съдът не приема възраженията на жалбоподателя и счита същите за противоречиви, когато се твърди, че „никъде няма заложен пречка обособена позиция 1 и обособена позиция 2 да се изпълняват от различни кандидати", но условието за кандидатстване по двете обособени позиции означава, че: „всеки кандидат трябва да има капацитет за реализация на комплексна интегрирана система от хардуерни и софтуерни елементи, какъвто е предметът на проекта". Съдът не приема и изложените аргументи в жалбата, че заложеното условие доставката на хардуер и разработването на софтуер трябва да бъде извършено от един икономически оператор, който има капацитета и знанията да извърши и двете, защото не са обосновават с технически специфики по изпълнението на договора, а по субективни фактори. Безспорно е, че

изискването за кандидатстване по всички обособени позиции има за цел да гарантира, че възложителят ще получи оферти по всички обособени позиции, което не означава автоматично, че ще бъде избран един изпълнител. Това изискване, обаче, задължава всички кандидатстващи да разполагат с капацитета да изпълнят всички обособени позиции.

Съдът не приема и възраженията, че УО на ОПИК е приел, че условието за кандидатстване по двете обособени позиции няма никакво влияние върху условията за провеждане на процедурата за избор на изпълнител. Както е посочено в обжалваното решение за определяне на финансова корекция, с Искане за пояснения и допълнителни документи с изх. № 26-В-161/07.07.2017 г., в т. 3 УО е препоръчал, предвид спецификата на предмета на процедурата, същата да бъде разделена на две обособени позиции, за да не ограничава потенциалните кандидати да участват. Това налага извода, че бенефициентът не се е съобразил със забележката на УО.

В подкрепа на изложеното следва да се отбележи, че мотивите на Ръководителя на на УО на ОПИК са потвърдени в заключението на съдебно-техническата експертиза. ВЛ потвърждава, че дейностите по двете обособени позиции са от интерес на различни групи икономически оператори. С изискването оферти да се подават за всички обособени позиции, при това за дейности, които предполагат различен кръг заинтересовани лица, се ограничава необосновано участието на икономически оператори, които имат капацитет и интерес да извършат дейностите само по една от обособените позиции.

По делото не се представиха доказателства, които да обосноват извод различен от този изложен в процесното решение.

Предвид изложеното, административният орган е доказал наличието на основание за определяне на финансова корекция. Размера на финансовата корекция е определен законосъобразно.

По изложените съображения съдът намира, че оспореният акт е постановен от компетентен орган, в предписаната от закона форма и при съответствие с действащите материално-правни разпоредби и целта на закона, поради което следва да бъде оставен в сила, а жалбата да се отхвърли като неоснователна.

При този изход на спора разноски се дължат на ответника, определени на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ, във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 150 лв. юрисконсултско възнаграждение.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 60 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма]. ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място] 1404. бул. България" № 51Б. офис Страда блок „В“, представявано от управителя С. В. И., чрез адв, К. Д. П. от САК, по пълномощие срещу Решение № РД- 16-1721/28.10.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОПИК 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция по договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-1.001-0197-C01 с бенефициент [фирма], ЕИК[ЕИК] в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по договор за изпълнение № BG16RFOP002- I.OOI-0197-C./Su-OI от 28.09.2017 г. с изпълнител [фирма] възлизаща към настоящия момент на 39 003.75 лв. безвъзмездна финансова помощ, при обща стойност на договора за изпълнение 1 560 150.00 лв. без ДДС.

ОСЪЖДА [фирма]. ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място] 1404. бул. България" № 51Б. офис Страда блок „В“, представявано от управителя С. В. И. да заплати на Министерството на икономиката сумата от 150 лв. /сто и петдесет/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: