

# РЕШЕНИЕ

№ 5189

гр. София, 16.08.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 11 състав,**  
в публично заседание на 02.08.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Петя Стоилова**

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **4094** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК вр. с чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ срещу Решение №0412-2/31.03.2021г. на ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция в размер на 3 471,90лв. по договор за обществена поръчка, сключен със [фирма].

Жалбоподателят счита, че решението е незаконосъобразно, тъй като УО не е обсъдил дали установеното при проверката нарушение обуславя приложението на чл.70, ал.1 от ЗУСЕСИФ. Липсват мотиви защо се приема, че посоченото нарушение на ЗОП има финансово влияние и дали е налице причинно – следствена връзка между нередността и потенциалния вредоносен финансов резултат върху бюджета на Съюза. Липсват и конкретни мотиви, относно размера на определената финансова корекция. УО не е анализирал възраженията на У., а само ги е посочил без да излага мотиви. Услугите, включени в предмета на поръчката като извършване на инсталиране и тестване на доставеното оборудване от квалифициран персонал на избрания изпълнител и гаранционно обслужване и сервизно обслужване в рамките на гаранционния срок са допълващи, но изпълнението им е съществена част от предмета на поръчката и е обвързано с гаранционните условия на производителя. Всякакви опити за ремонт от неоторизирани от производителя сервиси водят до анулиране на гаранцията. Обосновано е в процедурите да бъдат заложили условия, в съответствие с

изискванията на ЗОП, които защитават интересите на възложителя, гарантират и обезпечават ефективност при разходването на публичните средства. В жалбата се цитира практика на КЗК и ВАС, в подкрепа на направените в нея възражения.

В съдебно заседание жалбоподателят не изпраща представител. Постъпили са писмени бележки, с които се иска решението да бъде отменено като незаконосъобразно.

Ответникът - УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ се представлява от юрист, който представя отговор на жалба и претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като взе предвид констатациите в обжалвания акт, становищата на страните и представените по делото доказателства, приема за установено следното:

С оспореното Решение № 0412-2/31.03.2021г. е определена финансова корекция в размер на 5 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 за обществена поръчка, а именно Договор № 41 от 31.07.2020г., сключен със [фирма] на стойност 57 865,00 лв. без ДДС или 69 438,00 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведената от бенефициента Университет по архитектура, строителство и геодезия по проект BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“ обществена поръчка с предмет: „Доставка на специализирано оборудване за Централна научно-изследователска лаборатория за документиране и моделиране на недвижимо културна наследство (ЦНИЛ-ДМ-НКН), по проект BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“ – доставка на компютърни конфигурации, монитори, лаптопи и периферия за нуждите на проекта“.

Прието е, че при възлагането на поръчката е използвано условие за изпълнение на поръчката, което ограничава достъпа на кандидатите или участниците, като е нарушен чл. 2, ал. 1, т. 1 - 2 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 и свободна конкуренция“ и ал.2 - 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.

Установено е, че възложителят е формулирал условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурата, а именно: Условието, поставено от Възложителя в Документацията за участие в процедурата, ЧАСТ IV. ИЗИСКВАНИЯ КЪМ УЧАСТНИЦИТЕ, ПОДГОТОВКАТА НА ОФЕРТИТЕ, ОБРАЗЦИ НА ДОКУМЕНТИ И УКАЗАНИЯ ЗА ПОДГОТОВКА ИМ, РАЗДЕЛ IV. СЪДЪРЖАНИЕ НА ОПАКОВКАТА ЗА УЧАСТИЕ В ПРОЦЕДУРАТА, подраздел СЪДЪРЖАНИЕ НА ОФЕРТАТА:

„В опаковката по чл. 47, ал. 2 от ППЗОП, участникът следва да постави:

3.3. Документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от

производителя или от официален вносител на ТЕХНИКАТА – на основание чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „ж“ от ППЗОП.“, след което е поставил като забележката след тези условия, следното:

„Важно: В случай че в техническото предложение не се съдържа един или повече от описаните в горните точки документи и/или представените документи не отговарят на изисканите форма и съдържание, съответният участник ще бъде отстранен от участие в процедурата“.

Същото условие бенефициентът е вписал и в приложения Образец 2 „Техническо предложение“, което е поставено като изискване за деклариране от участниците, че прилагат съгласно „8. Документи, доказващи, че участникът разполага със сервис, оторизиран от производителя или от официален вносител на техниката“.

Прието е, че така поставено на етап изготвяне на документи за участие от страна на участниците в обществената поръчка, изискването за представяне на посочените документи е ограничително, тъй като към момента на подаване на офертите потенциалните участници трябва да разполагат със сервис, оторизиран от производителя или от официален вносител, което обстоятелство да докажат с надлежен документ при подаване на офертата си, като това изискване противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 1 - 2 и ал. 2 от ЗОП, като дава необосновано предимство на потенциални участници, разполагащи с оторизиран сервис и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервис, оторизиран от производителя или от официалния вносител на техниката. С формулираното по този начин изискване възложителят е предопределил кръга на потенциалните участници по отношение на тези, които разполагат със собствен или нает оторизиран от производителя на техниката сервис и не е дал възможност за участие в процедурата на лица, които към момента на подаване на офертите не разполагат със собствен или нает, оторизиран от производителя или от официалния вносител на техниката сервис, но в случай, че бъдат избрани за изпълнител - ще осигурят такъв.

По този начин необосновано се ограничава кръгът на потенциалните участници, като в обявената процедура не могат да вземат участие потенциално заинтересованите лица, които не разполагат със сервис, оторизиран от производителя или от официален вносител на техниката.

Тъй като установеното е квалифицирано като нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1 - 2 и ал. 2 от ЗОП, и доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като поставеното изискване участникът да разполага със сервис, оторизиран от производителя или от официален вносител на техниката, би могло да доведе до разубеждаващ ефект в потенциалните участници и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира колко участници биха подали оферти и каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако изискването бе насочено към избрания за изпълнител, то размерът на финансовата корекция е определен по пропорционалния метод на основание чл. 5 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 (Наредбата) и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Посоченото

нарушение представлява вид нередност от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн. ДВ. бр. 27 от 2017 г., посл. изм. ДВ бр. 19 от 06.03.2020 г. – Наредбата), съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. 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 или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн. ДВ. бр. 27 от 2017 г., посл. изм. ДВ бр. 19 от 06.03.2020 г. – Наредбата).

За въпросното нарушение по т. 11 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 на посочената Наредба е предвидена финансова корекция от 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор с изпълнител, в зависимост от тежестта на нарушението.

Изпратено е на бенефициента писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, чрез ИСУН 2020 на 09.03.2021г., на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. Управляващият орган е дал възможност на бенефициента да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. В законоустановения срок бенефициентът е подал своето възражение по основателността и размера на предложената финансовата корекция, които са разгледани от административният орган, но са приети за неоснователни, като са развити подробни съображения.

Предвид установеното съдът, след като се запозна с представената административна преписка и становищата на страните, прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в законоустановения срок и е допустима.

Разгледана по същество жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА.

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

В хода на извършената проверка УО е констатирал, че така поставено на етап изготвяне на документи за участие от страна на участниците в обществената поръчка (т.е. на етап кандидатстване) изискване за представяне на посочените документи е ограничително, тъй като към момента на подаване на офертите потенциалните участници трябва да разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител, което обстоятелство да докажат с надлежен документ при подаване на офертата си, като това изискване противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 1 - 2 и ал. 2 от ЗОП, като дава необосновано предимство на потенциални участници, разполагащи с оторизиран сервиз и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официалния вносител на техниката. С

формулираното по този начин изискване възложителят е предопределил кръга на потенциалните участници по отношение на тези, които разполагат със собствен или нает оторизиран от производителя на техниката сервиз и не е дал възможност за участие в процедурата на лица, които към момента на подаване на офертите не разполагат със собствен или нает, оторизиран от производителя или от официалния вносител на техниката сервиз, но в случай, че бъдат избрани за изпълнител - ще осигурят такъв.

Посочените в жалбата възражения са неоснователни, по следните съображения:

Не са допуснати нарушения на административнопроизводствените правила. Неоснователно жалбоподателят счита, че УО не е изложил мотиви, тъй като са разгледани подробно и пространно (в решението от 51 страници) възраженията на бенефициента, които не следва да бъдат преповтаряни.

Неубедителни са твърденията за специфичен предмет на обществената поръчка, тъй като доставката е на обикновено компютърно оборудване (монитори, лаптопи и периферия), което не се възприема като някакво уникално и високотехнологично оборудване, което да няма аналог на свободния пазар на стоки и услуги. В случая услугите – извършването на инсталиране и тестване на доставената техника от квалифициран персонал на избрания изпълнител и гаранционно обслужване /гаранционна поддръжка/ и сервизно обслужване в рамките на гаранционния срок са допълващи по отношение на основния предмет – доставка на тази техника. Необосновано в изискванията е включено изискване, което ограничава конкуренцията, като дава необосновано предимство и необосновано ограничава възможността за участие във възлагателната процедура на заинтересовани лица, които към момента на подаване на оферти не разполагат със документи, доказващи, че участникът ще има на разположение сервиз с предоставени от производителя или от официален вносител на техниката права за гаранционна поддръжка и сервиз на предлаганата техника.

Наведеното в жалбата „че изпълнителят осигурява за своя сметка и на свой риск извършването на гаранционното обслужване /гаранционната поддръжка/ и сервиз на доставеното оборудване в рамките на гаранционния срок”, както и „че гаранционното обслужване /поддръжка/ и сервизно обслужване, обхващащо периодично техническо обслужване (профилактична поддръжка), както и безплатна подмяна на всички износени и/или дефектирали части на доставената техника, както и отстраняване на скрити дефекти на техниката в рамките на гаранционния срок“, не може да се приеме като аргумент за необходимостта от поставяне на етап изготвяне на документи за кандидатстване от участниците във връзка със съответната обществена поръчка на изискване за представяне на „Документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на апаратурата“. Прилагането на това изискване е нужно само по отношение на избрания изпълнител, който ще изпълнява описаните дейности, а не изискване към всички участници. Предвидено е доказване на тези обстоятелства, но само от избрания изпълнител, с цел намаляване на административната тежест на участниците. На етап кандидатстване е достатъчно това обстоятелство да бъде само декларирано. Необосновано в условията на документацията, като част от документите за изготвяне на офертата е включено изискване, което ограничава конкуренцията, като дава необосновано предимство и необосновано ограничава възможността за участие във възлагателната процедура на заинтересовани лица, които към момента на кандидатстване не разполагат с

документи, доказващи, че участникът ще има на разположение сервиз с предоставени от производителя или от официален вносител на техниката.

Сочената от жалбоподателя несъвместимост между Декларацията в свободен текст и правната ѝ стойност, която според бенефициента може да послужи за доказване на съответствие със заложеното изискване е в противоречие със заложеното от възложителя условие „участникът да разполага с оторизиран сервиз“. От посочения текст от условията за кандидатстване не е видно и под никаква форма не е предвидена възможността, че възложителят ще приеме оферти и на участници, които доказват съответствието си с декларация в свободен текст. Заложеното изискване „участникът да разполага с оторизиран сервиз“, касае само част от дейностите, включени в предмета на поръчката (дейностите по гаранционна поддръжка на техниката), поради което наличието или липсата на това изискване не може да обуслови извод за „нормалното функциониране“ (т.е. за качество на изпълнението) на предмета на цялата обществена поръчка, в каквато посока са наведени в жалбата аргументи. Изискването на етап кандидатстване „участникът да разполага с оторизиран сервиз“ (не избраният изпълнител, а всички участници), като за целта към Техническото предложение се прилагат документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на техниката, налага извод за необосновано ограничаване на потенциалния кръг участници, тъй като се изключва възможността евентуално в по-късен момент, участник, който вече е класиран да може да сключи съответен договор със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на техниката, с оглед надлежно изпълнение на условията по гаранцията.

Ето защо, правилно е прието, че заложеното изискване противоречи на принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 1 - 2 и ал. 2 от ЗОП, като дава необосновано предимство на потенциални участници, разполагащи с оторизиран сервиз и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официалния вносител на техниката. УО подробно и мотивирано е аргументирал защо счита така заложеното изискване за ограничително, т.е. въз основа на какви факти и обстоятелства е достигнал до извода, че изискването е дискриминационно, т.е. защо това изискване е възпрепятствало необосновано участието на лица в процедурата и е имало разубеждаващ ефект. Всички нарушения на проведена процедура за избор на изпълнител, при която са допуснати ограничителни критерии за подбор и условия за изпълнение обективно ограничава възможността на икономическите оператори за участие в поръчката, което от своя страна винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В резултат на самото създаване на предпоставки за отказване от участие на потенциални кандидати вече е налице ограничаване на кръга на потенциалните участници, от което следва, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона, би могло в поръчката да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от

Съюза финансови средства.

Относно определянето на размера на корекцията, че Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции (след измененията, в сила от 23.08.2019г.) в Приложение №1 към чл. 2, ал. 1, изрично посочва в кои случаи какви процентни показатели се прилагат за различните категории нередности и какви са условията за определяне на по-нисък размер на корекцията (когато е предвидена такава възможност). В конкретния случай, токова обстоятелство са само и единствено броя на допуснатите и класирани оферти, отговарящи на изискванията на възложителя. Т.е. критерият за определянето на по-нисък размер финансова корекция е законодателно определен, а именно – изисква се осигурено минимално ниво на конкуренция – поне две подадени оферти и този критерий е израз на законодателната воля на нормотвореца, а не е оставен на субективната преценка на УО. Поради тази причина при наличието на съответните условия (поне две получени и допуснати до класиране оферти) УО е длъжен да съобрази и приложи същите при определянето на размера на финансовата корекция. Поради това не може да се говори за препоръчителен характер на размера на корекцията, а точно обратното – размерът на корекцията е законодателно определен, поради което прилагането му има задължителен (императивен) характер. В тази връзка УО изрично е посочил, че нередността попада в обхвата на описанието по т. 11, буква "б" от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, както и че не са налице условията нередността да се квалифицира по т. 11, буква "а" от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, тъй като са получени две оферти за участие в откритата процедура, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, поради което е осигурено минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11, буква "б" от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, което обосновава налагането на по-нисък процент финансова корекция (5%).

Нито националното законодателство, нито законодателството на Европейския съюз и в частност - Регламент № 1303/2013 година, поставят като изискване наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 година следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". В този смисъл финансовото отражение не е и не може да бъде конкретно определено, но е определяемо по реда на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

При горните мотиви, решението за налагане на финансова корекция е законосъобразно, жалбата следва да се отхвърли, а на ответника да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 /сто/ лева на основание чл.78, ал.8 ГПК, вр. с чл.25, ал.1 от НЗПП.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III АО, 11-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ срещу Решение №0412-2/31.03.2021г. на ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция в размер на 3 471,90лв. по договор за обществена поръчка, сключен със [фирма].

ОСЪЖДА УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ да заплати на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 /сто/лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: