

РЕШЕНИЕ

№ 3475

гр. София, 29.05.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 28.02.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **12230** 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. 1 от Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/

Образувано е по жалба на Университет „Проф. А. З.“ - Б., с ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], представляван от проф. д-р М. М. - Ректор на Университет „Проф. А. З.“ - Б., чрез юрк. Н. П. срещу Решение № 0408-3 от 01.10.2020 г. на Ръководителя на управляващия орган на изпълнителна агенция на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което на жалбоподателя, като бенефициер по Договор за безвъзмездна финансова помощ BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)“ след организирана и проведена процедура за възлагане на обществена поръчка, чрез открита процедура с предмет: „Доставка на оборудване и нематериални активи за нуждите на проект № BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото“ (УНИТе), по обособени позиции: Обособена позиция № 1 – „Прототипна лаборатория“; Обособена позиция № 2 – „Общо техническо оборудване“; Обособена позиция № 3 – „Сървърни системи и оборудване“; Обособена Позиция № 4 – „Стационарни, подвижни и мобилни компютърни системи и оборудване“; Обособена позиция № 5 – „Специализирани инструменти“, е определена финансова корекция по следните обособени позиции:

- по обособена позиция № 3 - „Сървърни системи и оборудване“ - в размер на 10

% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОП НОИР за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от стойността на сключения Договор № 56/05.03.2020 г. с „Контракс“ АД на стойност 204 126.00 лв. без вкл. ДДС;

- по обособена Позиция № 4 - „Стационарни, подвижни и мобилни компютърни системи и оборудване“ в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОП НОИР за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от стойността на сключения Договор № 78/13.04.2020 г. със „Стемо“ ООД на стойност 93 750.00 лв. без вкл. ДДС.

- по обособена позиция № 5 - „Специализирани инструменти“ в размер на 25 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОП НОИР за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от стойността на сключения Договор № 57/05.03.2020г. с „Медицинска техника инженеринг“ ООД на стойност 121 120.00 лв. без вкл. ДДС.

Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено в нарушение на материалния закон и несъобразяване с целта на закон. Оспорва мотивите на решението по всяка от обособените позиции, като поддържа, че не са допуснати нарушения при провеждане на обществената поръчка и избора на изпълнител. По отношение на ОП № 5 - „Специализирани инструменти“, твърди, че доставката на електроенцефалограф е свързана с тази на мрежови компоненти, поради което не е налице нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 1 от ЗОП и чл. 110, ал. 1, т. 6 от ЗОП, във връзка с чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 14, тире първо 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. По ОП № 3 и ОП № 4 жалбоподателят сочи, че възложителят е заложил в техническите спецификации минимални изисквания, на които да отговарят офертите, като така е дал свобода на участниците в процедурата да предложат оборудване по техен избор, което единствено следва да отговаря на минималните изисквания, а освен това е отговорил на всички въпроси в хода на процедурата чрез разяснения при спазване на законовите срокове за това. Излага аргументи, че предвид броя на подадени оферти по двете обособени позиции участниците не са срещнали трудности при изготвяне на офертите си и срокът е бил достатъчен и показва, че има реална конкуренция и всички заинтересовани лица са участвали при равни условия. В тази връзка се твърди, че не е налице соченото от органа нарушение на чл. 33, ал. 5 от ЗОП и чл. 25, във вр. с чл. 100, ал. 3, ал. 6 и ал. 7 от ЗОП, квалифицирано по т. 9.1, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата - „липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на условията за изпълнение на поръчката или на техническите спецификации“. Жалбоподателят счита, че гореописаните нарушения са необосновани и наложените финансови корекции са без правно основание. 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 съгласно представен списък.

Ответникът Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция /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.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Административен съд София-град, III отделение, 70 състав след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Не се спори между страните по делото, че във връзка с административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото“ (УНИТе), сключен между ИА „ОП НОИР“ като бенефициент, от една страна, и от друга като бенефициери са:

- Софийски университет „Св. К. О.“;
- Технически университет - С.;
- Шуменски университет „Епископ К. П.“;
- Русенски университет „А. К.“;
- Университет „Професор д-р А. З.“ - Б.,

по проект BG05M2OP001-1.001-0004 Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе), финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, жалбоподателят Университет „Проф. А. З.“ – Б. е провел обществена поръчка с предмет открита процедура по реда на ЗОП с предмет: „Доставка на оборудване и нематериални активи за нуждите на проект № BG05M2OP001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)“ по обособени позиции:

ОП № 1: Прототипна лаборатория

ОП № 2: Общо техническо оборудване

ОП № 3: Сървърни системи и оборудване

ОП № 4: Стационарни, подвижни и мобилни компютърни системи и оборудване

ОП № 5: Специализирани инструменти.

В резултат от процедурата са сключени договори, както следва:

- по ОП № 2: договор № 55/05.03.2020г., на стойност 20 268 лв. без ДДС, с изпълнител „Контракс“ АД;
- по ОП № 3: договор № 56/05.03.2020г., на стойност 204 126 лв. без ДДС, с изпълнител „Контракс“ АД;
- по ОП № 4: договор № 78/13.04.2020г., на стойност 93 750 лв. без ДДС, с изпълнител „Стемо“ ООД;
- по ОП № 5: договор № 57/05.03.2020г., на стойност 121 120 лв. без ДДС, с изпълнител „Медицинска техника Инженеринг“ ООД.

При извършена проверка на документи по горната обществена поръчка от ИА „ОП НОИР“ са констатирани съмнения за нередност при възлагането ѝ, с оглед на което на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ с писмо изх. № 91-26 от 12.08.2020 г. на изпълнителния директор на ИА „ОП НОИР“ и с кореспонденция № BG05M2OP001-E001-0004-C03-M225 от 13.08.2020г. в ИСУН 2020, Управляващият орган е изпратил писмо за стартиране на производство по определяне на финансова корекция и е

уведомен бенефициера на помощта относно конкретно установените нарушения и предстоящото издаване на акт за налагане на финансови корекции с конкретно посочен размер и правно основание, като е дал възможност на бенефициента УНИВЕРСИТЕТ „ПРОФ. Д-Р А. З.“- Б. да представи възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства. В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ жалбоподателят е подал възражение рег. № 2191/26.08.2020 г., с което оспорва констатациите на проверяващите относно допуснати нарушения при провеждане на процедурата по обществената поръчка. Същото е прието като неоснователно, при което е издаден атакувания в настоящото съдебно производство акт – Решение № 0408-3/01.10.2020 г., с което са определени на жалбоподателя следните финансови корекции:

1. По ОП № 5 - финансова корекция в размер на 10 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Установено е нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, изразяващо се в използване на условия за изпълнение на поръчката чрез обединение на разнородни доставки в един предмет и определяне на обща за тези доставки техническа спецификация, които ограничават достъпа на участниците до процедурата, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Горното според административния орган представлява нередност по т. 11, буква „а“ - „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. Съгласно мотивите на решението възложителят е определил условия за изпълнение на поръчката и технически спецификации, които не са дискриминационни по национален/регионален и местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка.

На следващо място, в обявлението за откриване на обществената поръчка е посочено, че предметът на обособена позиция № 5 е доставка на „Специализирани инструменти“, но в същото време като единствен CPV код по обособената позиция е посочен код 33121100, който код отговаря на „Електроенцефалографи“, като не е включен код за „Специализирани инструменти, мрежови компоненти, а именно 30230000-0 - „Компютърно оборудване“, допълнителен CPV код 30236200-4 - „Оборудване за обработка на данни“ на Раздел 30000000 „Компютърни и офис машини, оборудване и принадлежности, с изключение на мебели и софтуерни пакети“, с какъвто код е и процедурата като цяло.

2. По ОП № 3 и ОП № 4 – финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на разходите по засегнатия договор № 56/05.03.2020 г. с изпълнител „Контракс“ АД, на стойност 204 126 лв. без ДДС, и договор № 78/13.04.2020г., с изпълнител „СТЕМО“ ООД, на стойност 93 750 лв. без ДДС.

Установено е нарушение на чл. 33, ал. 5 от ЗОП и чл. 25, във връзка с чл. 100, ал. 3, ал. 6 и ал. 7 от ЗОП.

Констатирано е, че в процедурата са постъпили пет искания за разяснения, като по две

от тях дадените разяснения противоречат на чл. 25 и чл. 33, ал. 5 от ЗОП.

На постъпилото искане за разяснение Вх. № 3520 от 23.10.2019 г. и на искането за разяснение вх. № 3625 от 04.11.2019 г., са предоставени разяснения съответно с изх. № 3561 от 28.10.2019 г. и изх. № 3667 от 07.11.2019 г., с които се въвеждат промени в условията на процедурата, вместо промените да бъдат извършени с обявление за изменение или допълнителна информация по реда на чл. 100 от ЗОП. По-конкретно, с посочените разяснения, възложителят е извършил промяна в техническата спецификация по ОП 3 и ОП 4, касаеща по ОП № 4 - актив „Компютри“. С постъпилото искане за Разяснение вх. № 3520 от 23.10.2019 г. е изискано от възложителя да уточни изискването „MFP - лазерно устройство“. В отговор, с разяснение изх. № 3561 от 28.10.2019 г., възложителят е пояснил, че се има предвид цветно лазерно устройство, с посочени в разяснението конкретни технически характеристики, които не са уточнени в документацията за обявяване на обществената поръчка.

С постъпило искане за разяснение вх. № 3625 от 04.11.2019 г., отново за актив „Компютри“ по ОП № 4, е отправен въпрос към възложителя дали посоченият артикул трябва да включва клавиатура, мишка и ако да - дали е допустимо да е от друг производител (въпрос № 7); дали се включва монитор и ако да - на какви минимални технически изисквания следва да отговаря той (въпрос № 8). В отговор, е даденото разяснение изх. № 3667 от 07.11.2019 г., възложителят е пояснил, че позиция „Компютри“ трябва да включва клавиатура и мишка, съвместими с предоставените останали части и трябва да включва монитор с конкретно посочени спецификации, които не са включени в минималните изисквания към офертите съгласно обявлението на обществената поръчка. В същото искане за разяснение е поставен и въпрос относно операционната система и възложителят е отговорил, че „участниците следва да представят операционна система съгласно изискванията на Системата за управление на лицензирани университети в сферата на образованието и науката (СУЛСОН) на МОН“.

Във връзка с ОП № 3, за актив „Сървър 1“, с постъпило искане за разяснение вх. № 3625 от 04.11.2019 г. е изискано от възложителя да посочи „Контролер - 8 порта 12 Gb/s на порт“, какви RAID (redundant array of independent disks) нива трябва да осигурява (въпрос 1.1. от искането). В отговор, с разяснение изх. № 3667 от 07.11.2019 г., възложителят е пояснил, че „Нива, на които трябва да отговаря RAID са: 0, 1, 5, 10“. На въпрос дали възложителят би приел „Сървър 1“ без операционна система и ако не - каква операционна система трябва да бъде включена, възложителят в разяснението посочва, че „в предвид договора на МОН с М. е необходимо „Сървър 1“ да е сертифициран за работа с W. Server 2012 P2, W. Server 2016 и W. Server 2019“.

По Обособена позиция № 3, относно доставката на „Сървърен шкаф“ - 1 бр. възложителят не е посочил каквито и да са минимални технически и функционални параметри. В тази връзка с въпрос № 6 и съответните подвъпроси към него е отправено искане за уточнение дали трябва „Сървърен шкаф“ да побере всички компоненти на Обособена позиция № 3, като височина и тегло и конструктивно чрез перфорирани врати да осигурява необходимия въздушен поток за климатизирането им; може ли шкафа да не разполага с разклонители (P. Distribution U.-PDU) с параметри за консумиран електрически ток (A) и брой конектори за осигуряване на електрическо захранване на всички компоненти в Обособена позиция № 3; както и да не разполага със заземителен комплект, съобразен с консумирания електрически ток

(А) от всички компоненти на изброеното в обособената позиция оборудване; може ли да не е с колела за преместване и без стабилизиращ комплект против преобръщане. От даденото разяснение по поставените въпроси е видно, че възложителят изисква сървърният шкаф да отговаря на всички тези характеристики, описани в запитването, като изрично указва, че в оборудването „Сървърен шкаф“ трябва да могат да се инсталират всички устройства от Обособена позиция № 3, като се съобрази височината и теглото, и да се осигури необходимият въздушен поток; категорично изисква шкафът да е оборудван с подходящите разклонители (P. Distribution U.-PDU), които да осигурят необходимото електрическо захранване на всички предложени компоненти в ОП № 3, включително и отделен разклонител за наличните Redundant P. Supply, както и възможност шкафът да позволява монтаж на системите при тяхната доставка.

С оглед на горното ответникът е констатирал нарушение на чл. 100, ал. 1-6 от ЗОП, тъй като законодателят е посочил конкретните предпоставки, при които е допустимо изменение в условията на процедурата, като в ал. 6 от посочената разпоредба изрично е посочено, че след изтичане на 14-дневния срок от публикуването в Р. на обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, са допустими промени единствено и само в обявените срокове, които също следва да са извършени чрез публикуване на обявление за изменение или допълнителна информация и решенията, е които се одобряват. Освен това съгласно ал. 7, т. 1 на същата разпоредба е налице задължение за възложителя да удължи срока за подаване на оферти при внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците (каквито са направените с разясненията изменения). При тази хипотеза срокът за подаване на оферти следва да бъде удължен, съобразно времето, необходимо на лицата да се запознаят и отразят новите промени, но не може да е по-кратък от първоначално определения такъв, с цел да се гарантира възможността на всички заинтересовани лица да участват в процедурата при равни условия. Съгласно чл. 110, ал. 1, т. 5 от ЗОП е следвало възложителят да прекрати процедурата, когато се установят нарушения при откриването и провеждането ѝ, които не могат да бъдат отстранени, без това да промени условията, при които е обявена. В случая са налице непълноти в техническата спецификация по разглежданите две обособени позиции при откриването на процедурата, изразяващо се в липсващи технически характеристики, които е следвало да бъдат заложи в техническата спецификация по ОП № 3 и ОП № 4, които непълноти не са могли да бъдат попълнени чрез направените от възложителя разяснения, поради което същият е следвало да измени условията на процедурата по законосъобразен начин, чрез публикуване на обявление за изменение или допълнителна информация и решението, с което то се одобрява, като удължи и срока за подаване на оферти, или да прекрати процедурата и да обяви нова обществена поръчка. Освен това се сочи от органа, че по настоящата процедура възложителят вече е направил изменение на основание чл. 100, ал. 1 и в срока по ал. 3 от ЗОП (от 21.10.2019 г.), когато е изменил линка към профила на купувача. Като се вземе предвид, че на основание чл. 100, ал. 3 от ЗОП промени в условията на процедурата могат да се правят еднократно, то следва да се приеме, че в случая възложителят е изчерпал възможността да се ползва по чл. 100, ал. 7 във връзка с ал. 3 от ЗОП и единствената възможност пред него е била да прекрати процедурата. В случая това не е сторено от възложителя и е нарушен чл. 33, ал. 5 от ЗОП и чл. 25, във връзка с чл. 100, ал. 3, ал. 6 и ал. 7 от ЗОП.

Горното е квалифицирано като нередност по т. 9.1, б. „б“ - „Липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на критериите за подбор и/или възлагане (и

тяхната тежест), или условията за изпълнение на поръчката, или техническите спецификации“ 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове - „липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на условията за изпълнение на поръчката или на техническите спецификации“. От фактическа страна нарушението е описано като „чрез дадените разяснения незаконосъобразно са изменени техническите спецификации, с което са въведени нови, съществени промени в техническата спецификация по ОП 3 и ОП 4, без същите да са били публикувани в обявлението за обществена поръчка или да са били извършени чрез обявление за изменение или допълнителна информация, съгласно чл. 25 от ЗОП във връзка с чл. 100, ал. 3, ал. 6 и ал. 7 от ЗОП“.

3. По ОП № 5 – финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор с „Контракс“ АД.

Установено е нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 1 от ЗОП и чл. 110, ал. 1, т. 6 от ЗОП, във връзка с чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Възложителят, за да установи възможностите на кандидатите да изпълнят поръчката, е поставил критерий за подбор като е изискал от тях опит в изпълнени (през последните 3 /три/ години, считано от датата на подаване на офертата) доставки, идентични или сходни с предмета на обособената позиция, като е дефинирал, че под „сходни доставки“, за ОП 5 се разбира „ доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на мрежови компоненти и електроенцефалограф ши еквивалент“. Участникът, избран за изпълнител, е декларирал, че има извършени 4 сходни доставки на медицинска техника, от които само една съответства на нормативно изискуемия 3-годишен период по чл. 63, ал.1, т.1, б. „б“ от ЗОП (от 28.11.2016 г. до датата на подаване на офертата - 28.11.2019 г.). Доколкото по ОП 5 се доставя освен медицинска техника, но и вид компютърно оборудване и в тази връзка възложителят е изискал и опит в доставка на „мрежови компоненти“, участникът, избран за изпълнител, е следвало да декларира такъв опит, но не го е направил, а комисията, като помощен орган на възложителя не е отразила това обстоятелство в Протокол № 1, респ. не е изисквала по реда на чл. 54, ал. 7-9 от ППЗОП, прецизирането на ЕЕДОП и в тази му част. Напротив, комисията е приела, че участникът отговаря на поставения критерий за подбор и го е допуснала до понататъшно участие в процедурата. В акта е посочено, че единственият критерий за подбор, заложен от възложителя, е променен в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител участник, който не отговаря на заложения от възложителя критерий за подбор. Доколкото по ОП № 5 е постъпила само една оферта - на избрания за изпълнител, който е участвал и в пазарните консултации, възложителят е следвало да прекрати процедурата на основание чл. 110, ал. 1, т.6 от ЗОП във връзка с чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, а не да избира участника за изпълнител, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14, предложение първо - „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ 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.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) - определен е за изпълнител участник, който не отговаря на заложения критерий за подбор.

4. По ОП № 4 – финансова корекция в размер на 25 на сто от средствата по засегнатия договор, сключен със „Стемо“ ООД:

Установено е нарушение на чл. 116, ал.1 от ЗОП, съгласно който договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни в изключителни случаи, изчерпателно посочени в нормата.

В разглежданата процедура, по обособена позиция № 4, възложителят е сключил договор с избрания за изпълнител на 13.04.2020 г., със срок на изпълнение „30 календарни дни след получаване на възлагателно писмо от Възложителя“. На 15.04.2020 г., с допълнително споразумение от същата дата е изменен срока за изпълнение, който става „60 календарни дни след сключване на договора“. В допълнение се създава нова точка според която този срок започва да тече след прекратяването на извънредното положение в Република България. Като основание за изменението е посочен чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП (се налагат изменения, които не са съществени). В мотивите на акта е посочено, че по естеството си изменението на срока за изпълнение е условие, което ако бе част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, щеше да привлече към участие допълнителни участници, в резултат на което биха били допуснати и други участници в процедурата, различни от първоначално избраните; условие, което би могло да доведе до приемане на оферта, различна от първоначално приетата, включително би могло да доведе до избор на друг изпълнител, вместо вече избрания, тъй като за потенциалните участници срокът за изпълнение по договора е от съществено значение при вземането на решение дали да участват в дадена процедура или не и какъв срок да оферират. Освен това не са налице и обстоятелства, които при полагане на дължимата грижа възложителят не е могъл да предвиди и което е довело до необходимост от изменение, което не води до промяна на предмета на договора, по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 3 от ЗОП, нито е налице някоя друга от описаните в чл.116, ал.1 от ЗОП хипотези. Съгласно § 2, т. 27 от ДР на ЗОП „Непредвидени обстоятелства“ са обстоятелства, които са възникнали след сключването на договора, не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа, не са резултат от действие или бездействие на страните, но правят невъзможно изпълнението при договорените условия. В настоящия случай обявеното извънредно положение в страната не е такова обстоятелство, доколкото същото е възникнало 1 месец преди сключване на договора, а освен това с писмо вх. № 890 от 11.03.2020 г. избраният изпълнител е заявил, че не може да спази срока още преди подписване на договора с него. В този случай възложителят е следвало да избере класираният на второ място участник в процедурата.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 23 „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“ 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.

По делото са приобщени писмените доказателства, част от административната преписка по издаване на оспорваното решение на ръководителя на УО по ОП „НОИР“.

Назначена е съдебно-техническа експертиза, чието заключение е изслушано от страните и прието без оспорване. Съдът кредитира същото като безпристрастно и професионално изготвено, даващо пълен отговор на поставените въпроси.

Съгласно констатациите на вещото лице ...

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73 ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното:

Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗУСЕСИФ обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: "Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление".

Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал.2 с.з. приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., като съгласно §71, ал.3 - нормативните актове по ал.2 ще се прилагат до приемането на актовете по ал.1 и за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон. Видно от изложеното по отношение процесния спор са приложими разпоредбите на закона, действали преди влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ (ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Нормите приложими в настоящото съдебно производство са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт – ДВ бр. 52 от 9 Юни 2020 г.

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. второ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице. В случая оспорваното решение е издадено от изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /сега ИА „Наука и образование“ съгласно изм. и доп. на Устройствения правилник ДВ, бр. 67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г./ Съгласно чл. 2, т. 1 от Постановление № 237 от 23 октомври 2017 г. за създаване на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и за приемане на Устройствен правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж и чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на същата /обн. ДВ. бр.86 от 27 октомври 2017г., изм. и доп. ДВ. бр.24 от 22 март 2019г., изм. ДВ. бр.20 от 9 март 2021г., изм. ДВ. бр.27 от 2 април 2021г./ Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 - 2020 г. 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 управляващия орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С оглед на горното 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, както по отношение на основанията, така и по отношение на размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл.73, ал. 3 ЗУСЕСИФ е предвидено, че 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. В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е спазено. Представени са възражения от страна на жалбоподателя, които са обсъдени от административния орган.

С оглед на горното съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона писмена форма, при липсата на допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

По отношение на съответствието на решението с материалния закон, съдът счита следното:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ“. Разпоредбата на чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, в редакцията ДВ. бр.101 от 22 Декември 2015 г., предвижда, че чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или

бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят И. – С. участва като бенефициер в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган в проведеното административно производство по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за завършване на фактическия състав на нередността и определяне на финансова корекция, необходимо е да са налице всички елементи от него по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административния орган е с оглед на чл. 170 ал. 1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициера по проведената обществена поръчка.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, и правилно ли е определен размерът при прилагане на диференциалния, съответно пропорционалния метод. Основание за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередности в резултат от допуснати от жалбоподателя и възложител по ЗОП нарушения на същия закон при провеждане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на оборудване и нематериални активи за нуждите на проект № BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото“.

Между страните не се спори по фактите, а по прилагането на материалния закон спрямо тях.

1. Относно нарушение на чл.2, ал.2 във вр. с ал.1, т.1 и т.2 и чл.49, ал.1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т.11, б. „б“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата:

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП 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. Чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП повелява, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) 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. Допълнение към тези принципи е изискването на чл. 49, ал. 1 от ЗОП техническите спецификации 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.

Няма спор, че жалбоподателят е включил в ОП № 5 два предмета на доставката, а именно – медицинска апаратура и мрежови компоненти, като в същото време е посочил единство CPV код 33121100, който отговаря на „електроенцефалограф“.

Разпоредбата на чл. 46, ал. 1 ЗОП безспорно предоставя във властта на възложителя разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, но в тази си преценка той е ограничен от общите принципи при възлагане на обществени поръчки – чл. 2 ЗОП. Правомощията по преценка на възложителите по ЗОП следва да бъдат упражнявани съобразно принципите на прозрачност, пропорционалност, равно третиране и недискриминация, като основни при сключването на договори, финансирани изцяло или частично от бюджета, като при всички възлагащите органи следва да проведат процедурата в условията на конкуренция на възможно най-широка основа – чл. 160, параграф 2 от Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета. Съобразно тяхното спазване се простира и контролът на управляващите органи, и на съда.

Съгласно чл.46, ал.1 от ЗОП възлага на възложителя, при условията на оперативна самостоятелност, преценката за разделяне на обществената поръчка на обособени позиции.

Разпоредбата на чл.46, ал.1 от ЗОП транспонира в националното законодателство разпоредбата на чл. 46, пар.1 от Директива 2014/24, съгласно която възложителят може да реши да възложи поръчката под формата на обособени позиции, но ако реши да не разделя поръчката трябва да посочи основните причини за това. Според т.78 от преамбюла на Директива 2014/24 *„възлагането на обществени поръчки следва да е адаптирано към нуждите на М.. Възлагащите органи следва да бъдат насърчавани да използват кодекса за най-добри практики, съдържащ се в работния документ на Комисията от 25 юни 2008 г. „Европейски кодекс за най-добри практики, улесняващи достъпа на М. до договори за възлагане на обществени поръчки“, който дава насоки как да прилагат рамката относно обществените поръчки по начин, улесняващ участието на М.. За тази цел и за засилването на конкуренцията възлагащите органи следва по-специално да се насърчават да разделят големите поръчки на обособени позиции. Подобно разделение би могло да се направи въз основа на количествени параметри, като размерът на отделните поръчки се приведе в по-голямо съответствие с капацитета на М., или въз основа на качествени параметри — съобразно съответния сектор и област на специализация, като съдържанието на отделните поръчки се обвърже по-тясно със специализираните сектори на дейност на М. или с различните последващи етапи на проекта.“*. А съгласно §2, т. 29 от ДР на ЗОП, "обособена позиция" е такава част от предмета на обществената поръчка, която въпреки че може да бъде самостоятелен предмет на обществена поръчка, е систематично свързана с другите позиции от предмета на обществената поръчка. Следователно наличието на обособени позиции, както и техните предмет, обем и прогнозна стойност пряко влияят на конкуренцията, тъй като позволява навлизането на нови икономически оператори. Това предопределя и значимостта за спазването на принципите на възлагане на обществените поръчки на изискването за разделяне на поръчката на обособени позиции.

Следва да се отбележи още, че разделянето на една поръчка на обособени позиции е обвързано в значителна степен от характеристиките на съответния пазар и от предмета на поръчката. Относими конкретни характеристики на пазара, които могат да повлияят на решението за разделяне на поръчката на обособени позиции, са например броя и вида на икономическите оператори на този пазар, технически аспекти на извършване на дейността, както и риска от зависимост от единствен доставчик. Относими конкретни характеристики на предмета на поръчката в случаите на доставка и монтаж биха могли да бъдат различните дистрибуционни канали на съответните стоки, както и самите характеристики на стоките, които предопределят тяхна специфика от гледна точка на потребностите, които задоволяват – дали това са стоки за ежедневна, обичайна употреба, или стоки, които имат ограничено и специфично приложение (например сценичните костюми) и с оглед на това предполагат по-малко на брой и/или по-малки като размер производители.

Оперативната самостоятелност на възложителя има свои граници и това са изискванията на чл.2, ал.2 от ЗОП, както и е съпроводена с императивно изискване – когато възложителят реши, че не е целесъобразно поръчката да се разделя на обособени позиции, следва в решението за откриване на процедурата да посочи причините за това.

В случая от документацията на обществената поръчка е видно, че предмета на доставка по ОП № 5 включва два обекта – медицинска апаратура (електроенцефалограф) и мрежови компоненти, които попадат в различни специфични категории, които се предлагат по различни дистрибуционни канали. Т.е. стоките, които са включени в обща обособена позиция, са толкова различни, че изискват различни канали за снабдяването им и различна професионална компетентност на лицата, които ги предлагат на пазара. В тази връзка медицинското оборудване се доставя от търговци, специализирани в тази дейност, докато мрежовите компоненти биха могли да бъдат доставени от по-широк кръг от търговци, предлагащи продукти от сферата на електрониката. Същевременно от представената документация не се установява мотивът на възложителя да обедини двете доставки в една позиция, доколкото не е обосновал категоричната функционална връзка между двата, които прави невъзможно разделянето им.

В тази връзка съдът кредитира заключението на вещото лице, ведно с допълнително дадените пояснения в съдебно заседание, че с оглед синхронизираната работа на двата обекта е по-целесъобразно да бъдат доставени от един доставчик, но отчита обстоятелството, че същото има по-скоро препоръчителен, а не задължителен за успешното изпълнение на доставката, характер, и изразява по-скоро личното мнение на експерта. Категорично от разпита му става ясно, че обществената поръчка би могла да бъде изпълнена точно според изискванията на възложителя и да изпълнява целите, за които е предвидена, и ако е разделена в две отделни обособени позиции, които са предмет на различни договори и с различни изпълнители. Това би осигурило и по-голям кръг от участници в процедурата, доколкото в процесния си вид заданието на възложителя изисква офертата да включва два специфични по характера си обекта, единият от които (за електроенцефалограф), попадащ в изключително тесен кръг на предлагане на пазара.

Избраният от възложителя начин на обединяване на обособените позиции ограничава участието на широк кръг от икономически оператори, които биха могли да участват при разделянето на обществената поръчка с оглед вида на предвидените в нея стоки, което представлява нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Освен това възложителят е предвидил като изискване към кандидатите допълнително условие, а именно да докажат опит в „доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на мрежови компоненти и електроенцефалограф или еквивалент“ в

последните 3 години, тоест този критерий за подбор включва две условия, които следва да бъдат налице едновременно, което още повече ограничава достъпа на участници в процедурата по обществената поръчка и стеснява кръга на офертите, сред които следва да бъде извършено класирането им и избор на изпълнител. Именно в резултат вероятно на това по тази обособена позиция е подадена само една оферта – на избрания участник.

С оглед на горното съдът споделя извода на ответния орган, че неправилното обединяване на тези два предмета на доставка в една обособена позиция ограничава участниците, чийто предмет на дейност е свързан само с част от визираното от възложителя оборудване и дава предимство на участници с широкоспектърен обхват на работа. Поради всичко изложено, правилен е изводът на ответния орган за нарушение на чл. 49 ал.1 и чл. 46 ал.1 от ЗОП, както и §2, т. 29 от ДР на ЗОП.

Както посочва и Р., оперативната самостоятелност на органа да обособи отделни позиции за изпълнението на обществената поръчка е ограничено от забраната на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и подлежи на контрол от УО, доколкото последният следи за правилното разходване на европейски средства.

Споделят се доводите на ответния орган, че възложителят е длъжен да посочи всички CPV кодове, които се отнасят до предмета на обществената поръчка, съгласно Регламент (ЕО) № 2195/2002 на Европейския парламент и на Съвета от 05 ноември 2002г., който намира пряко приложение в националното законодателство.

Нарушението по чл. 2, ал. 2 вр. ал. 1, т. 1 и 2 и чл. 49, ал. 1 ЗОП е нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ (сега ЗУСЕФСУ) и същевременно попада в обхвата на т. 11, б. „а“ („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 от Наредбата за посочване на нередности. Същата е описана като нередност, която се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Доколкото допуснатото от жалбоподателя нарушение не попада в т. 10 от Приложение № 1, правилно е квалифицирано като такова, което без да е дискриминационно, ограничава участието в процедурата поради необоснованото разширяване на предмета ѝ по ОП № 5.

Правилно е определен размерът на финансовата корекция с оглед горната норма, а именно – 10 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

2. По нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 1 от ЗОП и чл. 110, ал. 1, т. 6 от ЗОП, във връзка с чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

За нарушение на горепосочените разпоредби ръководителя на УО на ОП „НОИР“ е наложил финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор с „Контракс“ АД, сключен по ОП № 5 от обществената поръчка.

По делото не се спори, че избраният за изпълнител участник не отговаря на заложените критерии за подбор от възложителя да докаже опит в „доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на мрежови компоненти и електроенцефалограф или еквивалент“ в последните 3 години. Същият е представил доказателства за извършени четири доставки на медицинско оборудване, от които само една е изпълнена в относимия период (от 28.11.2016г. до 28.11.2019 г.). Като доказателство за изпълнението ѝ е представено Удостоверение № 1742/09.06.2017 г. от получателя

на доставката, от което е видно, че медицинската техника, доставена по този договор (сключен на 31.01.2017 г.), е за доставка на 2 бр. Е. апарати за клиника по кардиология, които съгласно общия терминологичен речник, свързан с обществените поръчки (CPV), попадат в категория „Медицинско оборудване“ и подкатегория „Записващи системи и уреди за изследвания“ със CPV код 33120000-7. Поради това участникът е доказал съответствието си с поставения критерий за подбор в частта за медицинското оборудване, но в останалата част, касаеща мрежови компоненти не доказва изпълнението на критерия за подбор, каквото е кумулативното изискване на възложителя. Поради това на основание чл. 107, ал. 1, т. 1 от ЗОП е следвало да бъде отстранен от по-нататъшно участие в процедурата, а вместо това е допуснат и дори е избран за изпълнител. Покриване на това изискване избраният изпълнител не е доказал и към момента на подписване на договора за доставка с възложителя. Нарушението е съществено, тъй като се е отразило на конкуренцията между участниците чрез въвеждането на ограничаващ критерий (съгласно мотивите на решението в предходната точка), който е възможно да е оказал разубеждаващо въздействие върху тях, но в крайна сметка не е приложен спрямо избрания участник, което го поставя в привилегировано положение спрямо други потенциални кандидати. При липсата на други участници възложителят е следвало да прекрати процедурата по обществената поръчка и да възложи нова такава, като не е сторил това е нарушил чл. 110, ал. 1, т. 6 от ЗОП, вр. с чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

С оглед на изложеното съдът намира, че правилно е квалифицирано нарушението като нередност по т. 14, предложение първо - „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ 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, описана като „определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации“, и е наложена финансова корекция в размер на 25 на сто от засегнатите от нея разходи по договора.

3. Установено е нарушение на чл. 33, ал. 5 от ЗОП и чл. 25, във връзка с чл. 100, ал. 3, ал. 6 и ал. 7 от ЗОП.

Нарушението е констатирано във връзка с ОП № 3 и ОП № 4 и е финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на разходите по засегнатия договор № 56/05.03.2020 г. с изпълнител „Контракс“ АД, на стойност 204 126 лв. без ДДС, и договор № 78/13.04.2020г., с изпълнител „СТЕМО“ ООД, на стойност 93 750 лв. без ДДС.

Същото се изразява в неправомерно изменение на техническите характеристики на обществената поръчка по ОП № 3 и ОП № 4.

Между страните не се спори, че в процедурата са постъпили пет искания за разяснения, по които възложителят е издал разяснения в отговор на поставените въпроси.

В частта относно актив „Компютри“ по ОП № 4 възложителят чрез разяснения изх. № 3561 от 28.10.2019 г. и изх. № 3667 от 07.11.2019 г. е въвел допълнителни изисквания към компонента „MFP - лазерно устройство“. За същия актив е пояснил, че трябва да включва клавиатура, мишка, както и монитор с конкретно посочени спецификации, които не са включени в минималните изисквания към офертите съгласно обявлението на обществената поръчка. В същото разяснение на въпрос относно операционната система възложителят е отговорил, че „участниците следва да представят операционна система съгласно изискванията на Системата за управление на лицензирани университети в сферата на образованието и науката

(СУЛСОН) на МОН“.

Във връзка с ОП № 3, за актив „Сървър 1“, с постъпило искане за разяснение вх. № 3625 от 04.11.2019 г. е изискано от възложителя да посочи „Контролер - 8 порта 12 Gb/s на порт“, какви RAID (redundant array of independent disks) нива трябва да осигурява (въпрос 1.1. от искането). В отговор, с разяснение изх. № 3667 от 07.11.2019 г., възложителят е пояснил, че „нива, на които трябва да отговаря RAID са: 0, 1, 5, 10“. На въпрос дали възложителят би приел „Сървър 1“ без операционна система и ако не - каква операционна система трябва да бъде включена, възложителят в разяснението посочва, че „в предвид договора на МОН с М. е необходимо „Сървър 1“ да е сертифициран за работа с W. Server 2012 P2, W. Server 2016 и W. Server 2019“.

По Обособена позиция № 3, относно доставката на „Сървърен шкаф“ - 1 бр. възложителят не е посочил каквито и да са минимални технически и функционални параметри. В тази връзка на поставените въпроси възложителят е посочил конкретните характеристики, на които следва да отговаря компонента „Сървърен шкаф“, които не са били предварително описани в документацията при обявяване на обществената поръчка.

На постъпилото искане за разяснение вх. № 3520 от 23.10.2019 г. и на искането за разяснение вх. № 3625 от 04.11.2019 г., са предоставени разяснения съответно с изх. № 3561 от 28.10.2019 г. и изх. № 3667 от 07.11.2019 г., с които се въвеждат промени в условията на процедурата, вместо промените да бъдат извършени с обявление за изменение или допълнителна информация по реда на чл. 100 от ЗОП. По-конкретно, с посочените разяснения, възложителят е извършил промяна в техническата спецификация по ОП 3 и ОП 4, касаеща по ОП № 4 - актив „Компютри“. С постъпилото искане за Разяснение вх. № 3520 от 23.10.2019 г. е изискано от възложителя да уточни изискването „MFP - лазерно устройство“. В отговор, с разяснение изх. № 3561 от 28.10.2019 г., възложителят е пояснил, че се има предвид цветно лазерно устройство. По отношение на „сървърен шкаф“ в разяснението са посочени конкретни технически характеристики, които не са уточнени в документацията за обявяване на обществената поръчка, като да могат да се инсталират всички устройства от Обособена позиция № 3, като се съобрази височината и теглото, и да се осигури необходимият въздушен поток; категорично изисква шкафът да е оборудван с подходящите разклонители (P. Distribution U.-PDU), които да осигурят необходимото електрическо захранване на всички предложени компоненти в ОП № 3, включително и отделен разклонител за наличните Redundant P. Supply, както и възможност шкафът да позволява монтаж на системите при тяхната доставка.

С оглед на горното ответникът е констатирал нарушение на чл. 33, ал. 5, вр. чл. 25 и чл. 100, ал. 1-6 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 25 от ЗОП предвижда, че с обявление за изменение или допълнителна информация възложителите оповестяват промени в обявленията, поканите за потвърждаване на интерес и документациите за обществени поръчки и в описателния документ. Съгласно чл. 33, ал. 5 от ЗОП с разясненията не може да се въвеждат промени условията на процедурата.

В чл. 100 от ЗОП е регламентиран редът, по който могат да бъдат правени промени в обявена обществена поръчка, като в ал. 3 от с.з. е предвидено, че възложителят може да направи промените по ал. 1 еднократно в 14-дневен срок от публикуването в Р. на обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, като изпрати за публикуване обявление за изменение или допълнителна информация и решението, с което то се одобрява. В настоящия случай липсва такова обявление за изменение или допълване на обществената поръчка, каквото представлява

въвеждането на допълнителни характеристики на предмета на поръчката, които не са били предварително обявени. Не се споделят възраженията на жалбоподателя, че е дал свобода на участниците да предложат оферта, която не е обвързана с конкретни параметри, а единствено следва да покрива минималните изисквания. Последните обаче са уточнени именно чрез горепосочените разяснения, като напълно липсват в документацията за обществената поръчка, например изцяло липсва изискването компютърната система да е окомплектована с периферия, което дори да се подразбира, не е относимо към конкретно въведените с разяснението параметри на монитора, който следва да се достави. Аналогично е положението и по отношение на лазерното устройство и сървър – липсват конкретни технически спецификации, които възложителят е следвало да обяви предварително с оглед нуждите, които следва да бъдат задоволени чрез изпълнение на поръчката. Същото се отнася и по отношение на артикул сървърен шкаф.

Съгласно ал. 7, т. 1 на чл. 100 от ЗОП е налице задължение за възложителя да удължи срока за подаване на оферти при внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците (каквито са направените с разясненията изменения), какъвто е настоящият случай. При тази хипотеза срокът за подаване на оферти следва да бъде удължен, съобразно времето, необходимо на лицата да се запознаят и отразят новите промени, но не може да е по-кратък от първоначално определения такъв, с цел да се гарантира възможността на всички заинтересовани лица да участват в процедурата при равни условия.

Горното е квалифицирано като нередност по т. 9.1, б. „б“ - „Липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на критериите за подбор и/или възлагане (и тяхната тежест), или условията за изпълнение на поръчката, или техническите спецификации“ 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове - „липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на условията за изпълнение на поръчката или на техническите спецификации“. От фактическа страна нарушението е описано като „чрез дадените разяснения незаконосъобразно са изменени техническите спецификации, с което са въведени нови, съществени промени в техническата спецификация по ОП № 3 и ОП № 4, без същите да са били публикувани в обявлението за обществена поръчка или да са били извършени чрез обявление за изменение или допълнителна информация, съгласно чл. 25 от ЗОП, във връзка с чл. 100, ал. 3, ал. 6 и ал. 7 от ЗОП“.

Правилно е квалифицирано нарушението като нередност по горепосочената точка и е наложена финансова корекция в размер на 10 на сто от засегнатите разходи по сключените договори с избраните изпълнители.

5. Относно нарушение на чл. 116, ал.1 от ЗОП по ОП № 4 по договор, сключен със „Стемо“ ООД:

Наложена е финансова корекция в размер на 25 на сто от средствата по засегнатия договор, сключен със „Стемо“ ООД поради установено нарушение на чл. 116, ал. 1 от ЗОП, съгласно който договорите за обществени поръчки и рамковите споразумения могат да бъдат изменяни в изключителни случаи, изчерпателно посочени в нормата. Не се спори между страните, че по обособена позиция № 4 възложителят е сключил договор с избрания за изпълнител участник на 13.04.2020 г., със срок на изпълнение „30 календарни дни след получаване на възлагателно писмо от Възложителя“. На 15.04.2020 г. с допълнително споразумение от същата дата е изменен срока за изпълнение, който става „60 календарни дни след сключване на договора“. В

допълнение се създава нова точка според която този срок започва да тече след прекратяването на извънредното положение в Република България. Като основание за изменението е посочен чл. 116, ал. 1, т. 7 от ЗОП (се налагат изменения, които не са съществени).

Срокът за изпълнение на поръчката е част от условията ѝ, които са от значение при вземане на решението за участие или не в процедурата. Именно поради това чл. 116, ал. 1 от ЗОП въвежда забрана за изменение на условията след сключване на договора, освен в изключителни случаи. По делото не са налични данни за такива изключителни непредвидени обстоятелства, които затрудняват или правят невъзможност спазването на заложените в условията срок за изпълнение на поръчката.

Съгласно § 2, т. 27 от ДР на ЗОП „Непредвидени обстоятелства“ са обстоятелства, които са възникнали след сключването на договора, не са могли да бъдат предвидени при полагане на дължимата грижа, не са резултат от действие или бездействие на страните, но правят невъзможно изпълнението при договорените условия. Съдът споделя становището на ответника, че в настоящия случай обявеното извънредно положение в страната не е такова обстоятелство, доколкото същото е възникнало 1 месец преди сключване на договора, а освен това с писмо вх. № 890 от 11.03.2020 г. избраният изпълнител е заявил, че не може да спазва срока още преди подписване на договора с него. В този случай възложителят е следвало да избере класираният на второ място участник в процедурата, който би могъл евентуално да го спазва. С това е дал необосновано предимство на неизправния изпълнител. Освен това липсва обосновка защо обявеното извънредно положение се отразява на изпълнението на поръчката, доколкото нейният предмет не е сред силно засегнатите от въведените протиепидемични мерки в страната.

Наред с това допускат се изменения на условията на договорите за обществени поръчки единствено в изчерпателно изброените в чл. 116, ал. 1 ЗОП случаи, като такива не се установяват по делото.

Нарушението е правилно квалифицирано като нередност по т. 23 „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“ 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.

Наложена финансов корекция от 25 на сто върху засегнатите разходи съответства на нормативно установения размер на същата съгласно горепосочената т. 23 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.

Цитираният чл. 13, ал. 3 от Закон за мерките и действията по време на извънредното положение, обявено с решение на Народното събрание от 13 март 2020 г. и за преодоляване на последиците (загл. доп. - ДВ, бр. 44 от 2020 г., в сила от 14.05.2020 г.), с оглед систематичното му място, касае доставките по обществени поръчки, свързани с хигиенни материали, дезинфектанти, медицински изделия и лични предпазни средства, необходими за обезпечаване на протиепидемичните мерки; закупуване на медицински изделия, осигуряване на услугите по взимане на проби и отчитане на резултатите, закупуване на медицинска и лабораторна апаратура, необходими за диагностика и лечение на заразените пациенти, консумативите за тях, както и дейности, свързани с внедряването им и гаранционната им поддръжка; възлагане на дейности по обезвреждане на пестициди и болнични отпадъци, следователно не е основание за изменение на процесния договор за изпълнение на

обществена поръчка, която не е свързана с горепосочените дейности.

В заключение настоящият съдебен състав намира, че с оспорваното решение правилно и законосъобразно са квалифицирани посочените нарушения като нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, като изпълняват всички елементи от фактическия състав, а именно нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Следва да бъде отбелязано, че не е необходимо да е настъпила вреда за бюджета на Съюза, а е достатъчна вероятността да настъпи такава, за да бъде квалифицирано нарушението като нередност.

Съгласно разпоредбата на чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ при определяне размера на финансовите корекции се отчитат естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ, като според ал. 2 размерът на финансовата корекция трябва да е равен на реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства - допустими разходи. В конкретният случай, финансовият ефект от разгледаните нарушения се изразява в това, че поради ограничителното си влияние (ограничава участниците, които имат капацитет за изпълнение на поръчката), нарушенията водят до подаване на по-малко оферти от кандидати за обществената поръчка при което се стеснява кръга от участници в поръчката и като краен резултат средствата от ЕСИФ се изразходват неефикасно, т. е. така установените нарушения имат негативно финансовото отражение. Съгласно чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Определеният процентен показател по изречение първо се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания, като в този случай не се издава отделно решение за определяне на финансова корекция. За всяко от нарушенията Р. на ОП „НОИР“ е определил финансова корекция, изчислена по пропорционален подход, представляващи съответно 10% по ОП № 3, 10% по ОП № 4, 25% по ОП № 5 върху допустимите разходи от засегнатите договори, сключени с „Контракс“ АД, „Стемо“ ООД и „Медицинска техника инженеринг“ ООД.

В настоящия случай е приложен чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, съгласно който при констатирани два или повече случаи на нередност, посочени в приложение № 1, се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Предвид установените две нарушения, засягащи договора, сключен по ОП № 5, следва за всички разходи, касаещи този договор, да се определи една обща финансова корекция от 25 %, както е прието с атакуваното решение.

С оглед всичко гореизложено оспореното по делото решение е издадено от компетентен орган, съгласно предвидената от закона форма, в съответствие с приложимите материалноправни разпоредби, при липса на допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, както и в съответствие с целта на закона, поради което е валиден и законосъобразен акт, а жалбата против този акт е неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на делото и на основание чл. 143, ал. 2 от АПК на ответника се

следват разноски за процесуални представителство от юрисконсулт в размер на 300 лв. на основание чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

На основание чл.172, ал.2 АПК, Административен съд София-град, 70-ти състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Университет „Проф. А. З.“ - Б., с ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], срещу Решение № 0408-З от 01.10.2020 г. на Ръководителя на управляващия орган на изпълнителна агенция на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което на жалбоподателя, като бенефициер по Договор за безвъзмездна финансова помощ BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)“ след организирана и проведена процедура за възлагане на обществена поръчка, чрез открита процедура с предмет: „Доставка на оборудване и нематериални активи за нуждите на проект № BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото“ (УНИТе), е определена финансова корекция по следните обособени позиции:

- по обособена позиция № 3 - „Сървърни системи и оборудване“ - в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОП НОИР за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от стойността на сключения Договор № 56/05.03.2020 г. с „Контракс“ АД на стойност 204 126.00 лв. без вкл. ДДС;

- по обособена Позиция № 4 - „Стационарни, подвижни и мобилни компютърни системи и оборудване“ в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОП НОИР за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от стойността на сключения Договор № 78/13.04.2020 г. със „Стемо“ ООД на стойност 93 750.00 лв. без вкл. ДДС.

- по обособена позиция № 5 - „Специализирани инструменти“ в размер на 25 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОП НОИР за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, от стойността на сключения Договор № 57/05.03.2020г. с „Медицинска техника инженеринг“ ООД на стойност 121 120.00 лв. без вкл. ДДС.

ОСЪЖДА Университет „Проф. А. З.“ - Б., с ЕИК:[ЕИК], да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“, [населено място], сумата от 300 (триста) лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България, в 14-дневен срок от съобщаването.

СЪДИЯ: