

РЕШЕНИЕ

№ 2043

гр. София, 30.03.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 61 състав,
в публично заседание на 09.03.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Немска

при участието на секретаря Дора Тинчева, като разгледа дело номер **4805** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ – заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./.

Образувано е по жалба от Технически университет –С., с адрес [населено място], [улица], представляван от ректора –проф.дн инж. И. М. К. чрез процесуалния му представител – юриконсулт Д. С. срещу Решение № 0413-6/05.05.2022г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което по отношение на Техническия университет –С. е определена финансова корекция в размер на 25% от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ по засегнатия договор по обособена позиция № 1 на обществената поръчка, а именно договор № 3-73/28.04.2020г. с изпълнител „Стемо“ ООД на стойност 790 850,00 лева без ДДС, като финансова корекция е на стойност 237 255,00 лева

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е незаконосъобразно, постановено е в нарушение на административнопроизводствените правила и материалния закон. Счита, че не е безспорно доказано извършено нарушение, както и от същото да са произлезли вреди. Исква от съда да отмени изцяло оспореният акт. Претендира се присъждане на разноски за производството.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – юриконсулт М.

Р., поддържа жалбата, както и твърденията си относно незаконосъобразността на акта. Ответникът - Изпълнителният директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“ – чрез юристконсулт И., представя писмен отговор, с който оспорва подадената жалба и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Тази теза поддържа и в открито съдебно заседание. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят е бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ №BG05M2OP001-1.001-0004-C01/28.02.2018г. с наименование на проекта „Университети за наука, информатика и технологии в е-обществото“

В изпълнение на сключения договор е проведена от жалбоподателя обществена поръчка чрез открита процедура по ЗОП с предмет“ Процедура № 01-07 Доставка, инсталиране и конфигуриране на център за данни и мрежово оборудване на Технически университет –С. за целите на Център за върховни постижения-УНИТе по проект №BG05M2OP001-1.001-0004. В частта по обособена позиция № 1“Доставка, инсталиране и конфигуриране на център за данни и мрежово оборудване“, уникален № в Р. при Агенцията за обществени поръчки 00193-2019-0056 Технически университет – С. е сключил договор № 3-73/28.04.2020г. с изпълнител „Стемо“ ООД на стойност 790 850 лева без ДДС.

Във връзка с препоръка на Одитния орган, обективирана в Окончателен доклад от извършения одит на операциите на ИА „Програма за образование“ , обхващащ сертифицираните разходи за периода 01.07.2020г.-30.06.2021г., Р. на ОП“НОИР“ е извършил повторна проверка на проведената открита процедура по ЗОП от страна на Технически университет с предмет „Доставка, инсталиране и конфигуриране на център за данни и мрежово оборудване на Технически университет – С. за целите на Върховни Постижения – УНИТе по проект №BG05M2OP001-1.001-0004, в частта по цитираната обособена позиция № 1.

При проверката са констатирани съмнения за нередности, въз основа на които е стартирало административно производство за определяне на финансови корекции съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ.

На основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕФСУ с кореспонденция BG05M2OP001-1.001-0004-C03-M336 от 28.02.2022 г. в ИСУН 2020, Управляващият орган е изпратил писмо с №0413-6/25.02.2022 г. за стартиране на производство по определяне на финансови корекции, като е дал възможност на бенефициента по административния договор за предоставяне на БФП и жалбоподател по настоящото дело да представи възражения по основателността и размера на финансовите корекции и при необходимост да приложи доказателства.

Констатирани са следните нарушения:

1.Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция №1 - установено е нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 14 „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.).

/Наредбата за посочване на нередности/, като в разглеждания случай, видно от горесцитираното писмо на УО, неправилно са приложени условия в техническата спецификация за оборудването по обособена позиция №1 на поръчката; 2. Незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка по обособена позиция №1 - установено е нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП във връзка с чл. 116, ал. 5, точки 1, 2 и 3 от ЗОП, 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.

В резултат на изпратеното писмо за стартиране на производство по определяне на финансови корекции с кореспонденция per. № BG05M20P001-1.001-0004-C03-M336-A001 от 13.03.2022 г. в ИСУН 2020 г. бенефициентът - възложител на поръчката Технически университет - С. е подал възражение, в което изразява несъгласие с описаните констатации и с основателността и размера на предложените финансови корекции.

Р. на ОП“НОИР“ не е приел възраженията за основателни и е издал оспорения в настоящото производство акт- Решение № 0413-6/05.05.2022г., с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на 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 № 3-73/28.04.2020 г. с изпълнител „Стемо“ ООД на стойност 790 850, 00 лв. без ДДС, съответно 949 020,00 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена открита процедура, съгласно чл. 20, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), с уникален номер в Р.: 00193-2019-0056, с предмет: „Доставка, инсталиране и конфигуриране на център за данни и мрежово оборудване на Технически университет - С. за целите на Център за Върхови Постижения - УНИТе по проект №BG05M20P001-1.001-0004“, в частта по обособена позиция №1 „Доставка, инсталиране и конфигуриране на център за данни и мрежово оборудване“.

В хода на съдебното производство е приета административната преписка, както и писмени доказателства представени от жалбоподателя. Допусната е до изслушване съдебно –техническа експертиза, която е приета и не е оспорена от страните.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕФСУ, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е издаден на 05.05.2022г., а жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ на 18.05.2022г., т.е. в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 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 Закона

за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, 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. Приетите от Министерски 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., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

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

По въпроса за компетентността на органа, издал обжалвания акт:

Оспореното решение издадено на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ е постановено от компетентен орган.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.

В чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ е предвидено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Програма за образование“ /в актуалната към датата на издаването на решението редакция –изм. и доп.ДВ бр.67 от 13.08.2021г./, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. (ОП "НОИР") и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз.

Следователно, на основание чл. 9, ал. 5 ЗУСЕФСУ и чл.6 т.1 от Устройствения правилник на ИА „Програма за образование“ , изпълнителният директор на изпълнителната агенция е компетентният орган, който следва да е автор на административния акт, с който се налага финансова корекция.

Видно от трудов договор №РД12-24 от 01.03.2022г., подписан от Министъра на образованието и науката на РБ в качеството му на и проф. Г. В. – в качеството на служител, на последният е възложено да изпълнява длъжността Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ , като същият по смисъла на правомощията, дадени с устройствения правилник е компетентен да издава всички индивидуални административни актове по смисъла на ЗУСЕФСУ. Предвид изложеното акта е издаден от компетентен орган.

Решението е издадено в изискуемата по чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ писмена форма, подписано с валиден квалифициран електронен подпис. В него се съдържат фактически и правни основания, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Разгледани са и са инкорпорирани възраженията на Техническият университет, като органът изрично формулира констатация за нередности по т.14 и т.23 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата във връзка с установените

нарушения. Посочени са фактически и правни съображения за налагането на финансова корекция за посочените нередности и нейния размер. Спазени са регламентираните в ЗУСЕФСУ специални правила за провеждане на процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер.

В съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансова корекция Ръководителят на УО на ОП „НОИР“ е запознал бенефициента Технически университет с констатациите си и му е предоставил възможност за писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, с писмо рег № 0413-6/25.02.2022г., получено в ИСУН на 28.02.2022г. Бенефициентът е изпратил писмено възражение чрез ИСУН на 11.03.2022г. Оспореното решение е издадено на 05.05.22г. след изтичане на предвидения в чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ срок, но произнасянето на Р. на ОП „НОИР“ не съставлява съществено нарушение на административнопроизводствените правила, тъй като предвидения срок е инструктивен.

Материалната законосъобразност на акта за определяне на финансова корекция се свързва с преценката дали е възприето от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ основание за налагането ѝ, съответно правилно ли е определен размерът на финансовата корекция. Съгласно чл. 71 от ЗУСЕФСУ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената 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. Основанията за определяне на финансова корекция, нормативно са регламентираны в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ такова основание е и 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. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент №1303/2013 ДЧ носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013, ДЧ предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Дефиницията за „нередност“ се съдържа в чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013, съгласно която норма „нередност“ е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“, изисква наличието на три елемента от обективна страна: 1. действие или бездействие на икономически оператор, 2. това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. да има или би имало като последица, нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Настоящият съдебен състав възприема, че езиковото тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 не оставя каквото и да било съмнение относно възможността вредата на бюджета на съюза да не е само реално настъпила, но и

потенциална, т. е. нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда – последното трайно възприето както в българската съдебна практика, така и в практиката на Съда на ЕС.

В случая упражненото с Решение №0413-6/05.05.2022г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ административно правомощие по чл. 73 от ЗУСЕФСУ, от фактическа страна се основава на констатирани нарушения на разпоредби от ЗОП

С процесния акт са констатирани две нарушения:

1.Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция №1 - установено е нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 14 „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, като в разглеждания случай, видно от писмо на УО, жалбоподателят е уведомен за наличие на констатирани нарушения по ЗОП, неправилно са приложени условия в техническата спецификация за оборудването по обособена позиция №1 на поръчката;

2.Незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка по обособена позиция №1- установено е нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП във връзка с чл. 116, ал. 5, точки 1, 2 и 3 от ЗОП, 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;

Относно нарушението на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП:

Съгласно условията в техническата спецификация по обособена позиция №1 от документацията на поръчката са заложили минималните изисквания, на които предложеното трябва да отговаря, а именно: „Високо производителен сървър“ с 1. RAID контролер - на отделен слот, с минимум 2 GB SDRAM и 2. дисков обем: 4 x 600GB 10K RPM S. 12 Gbps с възможност за замяна по време на работа на сървъра (H. plug) твърди дискове, конфигурирани в RAID 10 „Интелигентен рутиращ комутатор“ с интерфейсни карти с минимум следните портове - 10GBASE-X 16 порта с SFP+ интерфейс и 16-порта GE с SFP интерфейс.

Р. на ОПНОИР е констатирал, че съгласно техническата спецификация по обособена позиция № 1 и образеца на техническото предложение участниците следва да направят предложение, съобразено с техническата спецификация. Необходимо е участниците да приложат кратко описание и/или технически материали на български език на предлаганото оборудване и посочените от участниците материали трябва да доказват техническите параметри на оборудването. Идентични условия към съдържанието на техническите предложения са заложили и на страница 25, т. 46.5.1 от документацията за поръчката.

При прегледа на офертата на избрания изпълнител „Стемо“ ООД по обособена

позиция № 1 за съответствие с изискванията в спецификацията се констатира, че са представени техническо предложение с технически характеристики на предложението за доставка оборудване, в което за „Високо производителен сървър“ е предложен сървър Huawei FusionServer Pro 5885H V5 Сървър, а за „Интелигентен рутиращ комутатор“ е предложен комутатор S7703 Smart Routing Switches. В техническото предложение на участника е посочено, че „Високо производителният сървър“ притежава: RAID контролер - на отделен слот, с минимум 2 GB SDRAM и дисков обем: 4 x 600GB 10K RPM S. 12 Gbps с възможност за замяна по време на работа на сървъра (H. plug) твърди дискове, конфигурирани в RAID 10.

За „Интелигентният рутиращ комутатор“ е посочено, че отговаря на изискването за интерфейсни карти с минимум - 10GBASE-X 16 порта с SFP+ интерфейс и 16-порта GE с SFP интерфейс.

Като част от предложението за изпълнение на поръчката участникът е представил копие на брошури на английски език с превод на български език за сървър Huawei FusionServer Pro 5885H V5 Сървър и за комутатор S7700 Smart Routing Switches и декларация от „Хуауей Технолоджис България“ ЕООД за съответствие на предлаганото оборудване с конкретни технически характеристики.

Според административния орган, в представените в офертата копия на брошури и в декларацията за съответствие не се съдържат данни или информация, които доказват следните минимални изисквания на възложителя:

за „Високо производителния сървър“ - 1. RAID контролер - на отделен слот с минимум 2 GB и дисков обем: 4 x 600GB 10K RPM S. 12 Gbps с възможност за замяна твърди дискове, конфигурирани в RAID 10;

за „Интелигентният рутиращ комутатор“ - интерфейсни карти с минимум: 10GBASE-X 16 порта с SFP+ интерфейс и 16-порта GE с SFP интерфейс. Прието е, че не е доказано съответствие на предложените високопроизводителен сървър и интелигентен рутиращ комутатор с посочените изисквания.

В протоколите от заседанията на комисията липсват данни за събрани допълнителни доказателства, включително чрез проверки на информация в интернет, налична към момента на разглеждането на офертата на избрания изпълнител, за съответствието на предложените „високо производителен сървър“ и „интелигентен рутиращ комутатор“ с изискванията на възложителя. В резултат на така констатираните обстоятелства УО е направил извод от фактическа страна за недоказано съответствие на предложените високопроизводителен сървър и интелигентен рутиращ комутатор с цитираните изисквания.

Изследвайки, относимата за случая нормативна уредба с цел правилно приложение на материалния закон за преценка на наличието на нарушение, от правна страна УО е обосновал извод за това, че: Офертата на участника, избран за изпълнител, не отговаря на условията на възложителя за доказване на

техническите характеристики на предлаганите продукти чрез описание и/или технически материали на български език на предлаганото оборудване, доколкото при избора на изпълнител не са осигурени адекватни доказателства, че избраният изпълнител по обособена позиция №1 към момента на провеждане на процедурата и с приложените по нея документи и доказателства отговаря на цитираните минимални изисквания на възложителя. Въз основа на посоченото е изведено заключение, че офертата на участника, избран за изпълнител по обособена позиция №1 на поръчката, не отговаря на изискванията на възложителя и участникът е следвало да бъде отстранен от участие на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, а не да бъде определен за изпълнител, предвид това, че съгласно чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП възложителят отстранява от процедурата участник, когато офертата му не отговаря на предварително обявените условия на поръчката.

Съгласно чл. 107, т. 2, б. "а" от ЗОП възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката.

Относно спорният по делото въпрос, отговаря ли офертата на „Стемо“ ООД със заложените минимални изисквания по обособена позиция № 1 на обществената поръчка, посочени от възложителя в документацията за обществена поръчка, съгласно заключението на вещото лице, при преглед на предложението на Изпълнителя за Високопроизводителен сървър се установява, че същият е предложил следния марка, модел и серия на сървър както следва: Huawei F. Server Pro 5885H V5

При извършеното изследване на техническите характеристики на оборудването от вещото лице, същото е установило, че характеристиките на предложеното оборудване на избрания за изпълнител по процесната обществена поръчка отговарят на заложените минимални изисквания, посочени от възложителя в документацията за обществена поръчка относно покриване следните минимални изисквания:

RAID контролер - на отделен слот, с минимум 2 GB SDRAM: експерта е приложил екранни снимки, от които е видно, че предложената конфигурация от хард дискове предполагат отделна RAID платка, която да е съвместима с оборудването. По отношение на SDRAM също следва да се инсталира съвместима памет, но оборудването допуска изпълнение на изискването. Предложеното оборудване позволява конфигуриране съобразно изискванията на възложителя и техническото предложение на изпълнителя. По отношение на дисков обем: 4 x 600GB 10K RPM S. 12 Gbps с възможност за замяна по време на работа на сървъра (H. plug) твърди дискове, конфигурирани в RAID 10, също е представена екранна снимка за наличие на изискуемите характеристики.

В офертата на избрания за изпълнител е предложено следното оборудване за Интелигентен рутиращ комутатор: Huawei S7703 Smart Routing S. При извършеното изследване вещото лице е установило, че характеристиките на предложеното оборудване в офертата на избрания за изпълнител по процесната

обществена поръчка отговаря на заложените минимални изисквания, посочени от възложителя в документацията за обществена поръчка по отношение на предложението Интелигентен рутиращ комутатор относно покриване на следните минимални изисквания, а именно: интерфейсни карти с минимум следните портове - 10GBASE-X 16 порта с SFP+ интерфейс и 16-порта GE с SFP интерфейс.

В съдебно заседание, при проведен разпит на вещото лице, същото поясни, че с данните за оборудването се е запознал с общодостъпната информация от производителя на оборудването в поддържания от него сайт. За изпълнение изискванията на възложителя, изпълнителят може да конфигурира така оборудването, че да покрие техническите изисквания и да го представи в краен вариант. Експерта обяснява, че жалбоподателят е посочил минимални и специфични изисквания, на които следва да отговаря високопроизводствения сървър и интелигентния рутиращ комутатор.

Съдът кредитира заключението на вещото лице като обосновано, изготвено въз основа на приетите по делото писмени доказателства, въз основа на задълбочен анализ, включително и на данните, които се съдържат на посочения в офертата на „С.“ сайт на производителя: <http://e.huawei.com/en/products/cloud-computing-dc/servers>. / лист 305, лист 313 том.1 от делото/.

От данните по делото е видно, че "Стемо" ООД е представило Техническо предложение съгласно Образец 2, част от техническата документация, утвърдена от възложителя. За съответствието на техническото предложение с документацията на обществената поръчка е приложена и декларация от производителя, в която детайлно са описани характеристиките на заявените с поръчката продукти, като изрично е посочена и интернет-страница на производителя. Предложените високопроизводствен сървър и интелигентен рутиращ комутатор отговарят на изискванията на възложителя, доколкото тези характеристики са обявени и на посочената от участника интернет страница на производителя.

Тези относими факти доказват съответствието на техническото предложение на "Стемо" ООД с изискванията на Техническия университет. Това съответствие е посочено и от вещото лице. В тази част обясненията му следва да бъдат кредитирани, доколкото експертът е проверил техническите параметри по документацията на възложителя, офертата на участника и съобразно техническата информация от сайта на „Huawei“ за характеристиките на високопроизводителния сървър и интелигентен рутиращ комутатор, отнесени към момента на провеждане на обществената поръчка.

Действително не е документирано, че назначената комисия е извършила проверка в общодостъпния сайт на производителя, но липсата на документиране на факта относно получаване на информация от общодостъпния сайт на производителя на води до извод за нарушение на чл.107 т.2 б. "а" от ЗОП.

Следва да се има предвид, че в съответствие с чл. 104, ал. 5 ЗОП, при разглеждане на офертите, когато е необходимо, се допуска извършване на проверки по заявените от участниците данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица. От участниците може да се изиска да предоставят разяснения или допълнителни доказателства за данни, посочени в офертата. Проверката и разясненията не могат да водят до промени в техническото и ценовото предложение на участниците. Механизмът на чл. 104, ал. 5 ЗОП е нормативно установена възможност, използването на която е в обхвата на оперативната самостоятелност на комисията по чл. 103, ал. 1 ЗОП. С оглед изложеното и като бъде съобразен диспозитивният характер на посочената разпоредба, необоснован се явява изводът, че комисията е следвало да документира извършената от нея проверка в интернет. Също така следва да бъде съобразено и обстоятелството, че комисията, се състои от 5-ма члена, 3-ма от които притежават необходимите компетентности, за да извършат адекватна преценка на подадените предложения и да оценят същите съобразно изискванията - Проф. д-р инж. М. Л. - експерт компютърни системи, факултет „Компютърни системи и технологии“, Технически университет - С.; Гл. ал. д-р инж. Я. Т. - експерт компютърни системи, факултет „Компютърни системи и технологии“, Технически университет - С.; Н. М. - експерт комуникационни и информационни системи и технологии.

Квалифицираните експерти в областта на компютърните системи и технологии имат задълбочени познания и значителен обем от информация за наличните технологии, техническото им обезпечаване и възможностите на различните марки и модели. Познавайки конкретен модел техника, за експертите в бранша са ясни възможностите му и е допустимо, предвид квалификацията на експертите, да имат нужните познания за възможностите за конфигуриране на предложеното оборудване, поради което не е било необходимо да събират допълнителни доказателства за известните им факти и обстоятелства от кандидата или от други лица, освен чрез проверка в сайта на производителя. Несъмнено в настоящото производство е необходимо да бъде назначена съдебно–техническа експертиза, тъй като оборудването, за което е обявена обществена поръчка е със строго специфичен характер и предназначение в сферата на ИТ технологиите, в която съдът не притежава специални познания, нито нужната техническа квалификация, за да извърши самостоятелна оценка на съответствието на изискванията на възложителя –жалбоподател с техническото предложение на избрания за изпълнител.

При тези данни според настоящия съдебен състав не е установено твърдяното от органа нарушение на чл. 107, т. 2, б. "а" ЗОП, тъй като техническото предложение на избрания изпълнител е отговаряло на изискванията на възложителя. Изискваните от възложителя доказателства са представени от участника, с който е сключен договорът за обществена поръчка, и същите са били в съответствие с процесния критерий за подбор, поради което не може да се приеме, че са налице фактическите основания на соченото нарушение,

съответно - липсва състав на нередност, за която да бъде определена финансова корекция.

Относно второто констатирано нарушение от административния орган – „незаконосъобразно изменение на договора по обособена позиция 1“. В акта е установено нарушение на чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП във връзка с чл. 116, ал. 5, точки 1, 2 и 3 от ЗОП, 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.

За да достигне до извода за допуснато нарушение на посочените норми от ЗОП, Р. на ОПНОИР е съобразил, че съгласно чл. 1 от сключения от възложителя Договор № 3-73/28.04.2020 г. със „Стемо“ ООД изпълнителят приема да изпълни доставката по обособена позиция № 1 при условията и в съответствие с техническата спецификация на възложителя, техническото и ценово предложение на изпълнителя, които са неразделна част от договора. Минималното изискване на възложителя е участниците да осигурят интелигентен рутиращ комутатор с 30 броя точки за достъп. Съгласно утвърдената от възложителя методика за оценка предлагането на „интелигентен рутиращ комутатор“ S7703 Smart Routing Switches, с допълнителна функционалност за управление на безжични точки за достъп с WLAN Access C. за минимум 32 точки за достъп обосновава присъждане на 10 точки по показател „Допълнителни технически характеристики“. В техническото си предложение изпълнителят е предложил да достави „Интелигентен рутиращ комутатор“ S7703 Smart Routing Switches с функционалност за управление на безжични точки за достъп WLAN Access C. за минимум 32 точки за достъп. Избраният изпълнител е получил 10 точки за направеното предложение. При проверката на изпълнението на договора по обособена позиция № 1 се установява, че оборудването е доставено на 22.05.2020 г., за което е подписан приемо- предавателен протокол. Съгласно т. 5 от протокола доставеният комутатор 2 x Huawei S7703 Smart Routing Switches е с 30 безжични точки. Стойността, заплатена за доставения рутер е 81 775 лв. и същата е идентична с предложената в офертата на избрания за изпълнител цена съобразно ценовото предложение, което е направил за участие в процедурата.

В резултат на така констатираните обстоятелства, УО е направил извод от фактическа страна за това, че при изпълнението на договора е приета доставка, която притежава функционалност за управление, която е с 2 безжични точки по-малко от предложени в офертата комутатор S7703 Smart Routing Switches с контролер с 32 точки за достъп. , поради което избраният изпълнител не е изпълнил задължението да достави предложени от самия него в офертата му комутатор. Въпреки това от страна на възложителя доставката е била приета и офертираната от изпълнителя цена е била платена, макар че предлагането на тази допълнителна характеристика е свързано както с избора на участника за изпълнител в съответствие с методиката за оценка, така и със стойността на доставката, която зависи от характеристиките на офертираните продукти. Като е

приел продукт, който не съответства на предложения от изпълнителя в представената от самия него в хода на процедурата оферта за участие, възложителят е извършил нарушение на предписаните в ЗОП правила за избор на изпълнител на обществени поръчки. Нарушението е квалифицирано по чл.116 ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 116, ал. 5, точки 1,2 и 3 от ЗОП. Изведен е аргумент, че в конкретния случай изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на потенциалните участници в процедурата и въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли и други участници.

Жалбоподателят твърди, че от изпълнителя „Стемо“ ООД по отношение на „Интелигентен рутиращ комутатор“ S7703 Smart Routing Switches е декларирана поддръжка на функционалност за управление на безжични точки за достъп WLAN Access C. за 32 точки за достъп, в точно съответствие с изискванията на техническото задание. Според жалбоподателя същото съответствие се открива и в приложената техническа брошура, както следва: стр. 75 от офертата в част Безжично управление на мрежата и стр. 79 от офертата: посоченият ES1SWLI6APOO включващ WLAN Access C. AP Resource Лиценз-16AP (with the X- series L. used) и Лиценз за ресурс на AP за достъп до WLAN-16AP (при използване на L. от серия X), общо 32AP.

Съгласно чл.116 ал.5 от ЗОП / в приложимата му редакция Изм. – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г./ Изменение на договор за обществена поръчка се смята за съществено по смисъла на ал. 1, т. 7, когато са изпълнени едно или повече от следните условия:

1. изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата;
2. изменението води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата;
3. изменението засяга предмета или обема на договора за обществена поръчка или рамковото споразумение

Твърденията на административния орган за незаконосъобразно изменение на договора по обособена позиция 1 се опровергават от приложените по делото писмени доказателства и приетото заключение на вещото лице по изслушаната съдебно –техническа експертиза.

В документацията за откритата процедура за възлагане на обществена поръчка в минимални технически показатели по обособена позиция 1 техническото изискване на същата позиция стр. 158, том 1 от делото фигурира изискване за интелигентния рутиращ комутатор за закупуване на: Точка за достъп с поддръжка на 2.4/5Ghz 802.11ac Wave 2, 4x4 MIMO, максимален капацитет най-малко 2.5Gbps. захранване през P. и поддръжка на до 500 потребителя всяка - 30 броя. В допълнителни технически характеристики е посочено, в

рутирация суич да бъде включена функционалност за управление на безжични точки за достъп WLAN Access S. за минимум 32 точки за достъп, маршрутизиране чрез R., OSPF, IS-IS и BGP4.

Съгласно заключението на приетата и неоспорена съдебно –техническа експертиза, предложеният от избрания изпълнител марка, модел и серия за Интелигентен рутиращ комутатор позволява чрез конфигуриране да бъдат осигурени до 144 точки за достъп, видно и от екранната снимка, представена в заключението му. Броят на точките за достъп, който осигурява доставеният от изпълнителя „Интelligentен рутиращ комутатор" S7703 Smart Routing S. е 30 и това обстоятелство е видно от документите по изпълнението на доставката, съдържащи се в преписката на обществената поръчка и по-конкретно в Контролен лист от проверка на място на оборудването и приложения към него Приемо-предавателен протокол. В протокола са описани серийните номера на 30-те точки (стр. 531-532 от делото) 30-те точки като отделни физически устройства и същите са свързани към рутиращия комутатор. Самите комутатори също имат точка за достъп, описани са със своите серийни номера и тъй като са два комутатора, общо броят точки, които са осигурени от изпълнителя са 32.

Основателни са и възраженията на жалбоподателя , че по т.5 от приемо –предавателния протокол /лист 531 том 2 от делото/ „Интelligentен рутиращ комутатор" в колона сериен номер са описани 32 серийни номера, като всяко устройство съдържа по една точка за достъп с цел разпределяне и усилване на сигнал, т.е. във всеки от двата комутатора се съдържа вградена точка за достъп и затова всеки комутатор с прилежащата точка е с един сериен номер. В първите два серийни номера на двата броя комутатори се съдържа по една точка за достъп, а серийните номера на останалите 30 бр. точки за достъп са изредени след тях, т.е. $2 + 30 = 32$ броя точки за достъп. Същата информация се потвърждава и от наличния при УО „Контролен лист за проверка па място на доставеното оборудване“. В контролния лист по отношение на договор за доставка № 3-73 от дата 28.04.2020 г. на стр. 1 срещу позиция .Vs 5 „Интelligentен рутиращ комутатор“ в колона „брой“ е записано „2+30“.

Във връзка с изложеното, съдът констатира, че възложителя не е извършил твърдяното нарушение по чл.116 ал.1 т.5 от ЗОП във връзка с чл.116 ал.5 точки 1,2 и3 от ЗОП, тъй като избраният изпълнител е доставил и е прието оборудване, което изцяло отговаря на предложеното в офертата му, в този смисъл няма изменение на договора, респективно не може да се приеме, че са налице фактическите основания на соченото от ответника нарушение, съответно липсва състав на нередност, за която да бъде определена финансова корекция.

Предвид изложеното, съдът следва да постанови решение, с което да отмени като материалнонезаконосъобразно оспореното решение на Р. на ОПНОИР .

С оглед изхода на спора, следва да се присъдят разноски на жалбоподателя, които са заявени с жалбата, а именно заплатена държавна такса в размер на

1700 лева, заплатен депозит за вещо лице в размер на 500 лева и юрисконсултско възнаграждение, определено съобразно разпоредбата на чл.78 ал.8 от ГПК във връзка с чл.37 ал.1 от Закона за правната помощ във връзка с чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, субсидиарно приложими на основание чл.144 от АПК в размер на 200 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 61-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Технически университет –С., с адрес [населено място], [улица], представляван от ректора –проф.дн инж. И. М. К. чрез процесуалния му представител – юрисконсулт Д. С. Решение № 0413-6/05.05.2022г.на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ да заплати на Технически университет –С. с ЕИК 831917834с адрес [населено място], [улица], представляван от ректора –проф.дн инж. И. М. К. сумата от лева 2400 лева / две хиляди и четиристотин лева / за разноски по делото.

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

СЪДИЯ: