

РЕШЕНИЕ

№ 460

гр. София, 16.01.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 10.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Снежана Тодорова, като разгледа дело номер **3802** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.73 ал.4 от Закона за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на Софийски университет “Св. К. О.“, представляван от ректора проф. д.н. А. Г., чрез адв.О., срещу Решение за определяне на финансова корекция № 0401-11/23.03.2023г. на изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. /ОП НОИР/ и Ръководител на управляващия орган /Р./ на ОП НОИР, с което е определена финансова корекция в размер на 25 % или 33 233,12 лв., върху предоставената БФП от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80-09-241/30.09.2022г., сключен с „Динакорт – България“ ЕООД на стойност 132 932,48 лв. с ДДС.

Решението се оспорва с доводи за допуснато съществено нарушение на административнопроизводствените правила, несъответствие с целта на закона и противоречие с материалноправни разпоредби.

Поддържа се, че изискването на възложителя, свързано с необходимостта изпълнителят да бъде оторизиран от производителя или негов представител да продава/доставя и сервизира предложеното оборудване за територията на Република България, неправилно е възприето като използване на „основания за отстраняване, свързано с условията за изпълнение на поръчката, което включва необосновано

национално изискване“ и „нередност“. В жалбата доставката и гаранционното обслужване на оборудването за конферентната зала за нуждите на Центъра за върхови постижения „Наследство БГ са определени като представляващи един единен предмет на обществената поръчка. Посоченото изискване не се определя като ограничително, а като гаранция за качеството на доставеното оборудване и надеждността на функционирането му, обосновано и от предмета на поръчката. Жалбоподателят твърди, че неправилно нередността е квалифицирана по т. 10, б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, която се отнася за отстраняването на участник въз основа на необосновано национално изискване, а в конкретния случай изискването се отнася за изпълнителя, доколкото оторизация се изисква след определянето на изпълнител на поръчката..

Оспорва се наличието на нарушение по чл.2, ал.2 от ЗОП във връзка с чл.2, ал. 1, т. 1 и т.2 от ЗОП. Развити са доводи и за липсата на възможност за настъпване на вреда за бюджета на ЕС и причинна връзка между изискването на възложителя изпълнителят да бъде оторизиран от производителя или негов представител да продава/доставя и сервизира предложеното оборудване за територията на Република България и тази възможната вреда, още повече, че според жалбоподателя няма установена със закон презумпция, че нарушението на националните или общностите правила за определяне на изпълнител на обществената поръчка винаги има за резултат възможност за увреждане на бюджета на ЕС. В заключение се твърди и неправилно определяне на извършителя на нарушението. Исква се отмяна на решението за определяне на финансова корекция.

В съдебното производство жалбоподателят се представлява от адв.О., който поддържа жалбата. В позиция по същество моли за уважаването ѝ и за отмяна на решението за определяне на финансова корекция. Претендира разности по представен списък.

Ответникът в производството се представлява от служител с юридическо образование Д. Г., която оспорва жалбата. По същество моли съдът да отхвърли жалбата, като неоснователна и недоказана. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, след преценка на представените по делото доказателства, поотделно и в тяхната съвкупност, приема за установено следното от фактическа страна:

Жалбоподателя е бенефициент по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M20P001-1.001-0001, сключен за изпълнението на проект „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“. Наред с жалбоподателя СУ „С. К. О.“, бенефициенти по договора за БФП са и Университет по строителство, архитектура и геодезия, Техническият университет – С., Национален институт по геофизика, геодезия и география – Б., Институт за изследване на изкуствата – Б., Институт за етнология и фолклористика с етнографски музей – Б., Институт за балканистика с център по тракология – Б., Институт за литература – Б., Национална библиотека „Св. Св. К. и М.“, Национална спортна академия „В. Л.“ и Регионален исторически музей – С..

По този административен договор, СУ „Св. К. О.“, в качеството си на възложител, е провел обществена поръчка с предмет: „Доставка и гаранционно обслужване на оборудване за конферентна зала (цялостно решение) за нуждите на Центъра за върхови постижения „Наследство БГ“ (ЦВП)“, с уникален номер в Р.: 00640-2022-0009. Процедурата по обществената поръчка е приключила със сключването на договор №80-09- 241/30.09.2022г., с изпълнител „Динакорд - България“ ЕООД на стойност 110 777,07 лв. (без ДДС) и съответно 132 932,48 лв. (с

вкл. ДДС).

В резултат на проведен от УО на ОП НОИР последващ контрол на обществената поръчка, е констатирано нарушение на правилата за определяне на изпълнител по Глава четвърта на ЗУСЕФСУ, определено като нередност по т. 10, буква „а“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата за посочване на нередности), а именно: Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания и конкретно на основание за отстраняване, свързано с условията за изпълнение на поръчката, което включва необосновано национално изискване.

Съобразно Документацията на обществената поръчка в „Общи изисквания при изпълнението на обществената поръчка“, възложителят е поставил към потенциалните участници условие „изпълнителят да бъде оторизиран от производителя или негов представител да продава/доставя и сервизира предложеното оборудване за територията на Република България“.

Това условие е прието от УО като ограничително условие за изпълнение на поръчката, с което възложителят необосновано ограничава участниците по национален признак, защото изисква от тях да имат оторизация от производител или негов представител за определени права на територията на страната, а именно: „да продават/доставят и сервизират предложеното от тях оборудване на територията на Република България“.

Съобразно документацията за обществената поръчка - раздел VI. Указания за подготовка на офертата и изисквания, в т. 3 на стр. 24, съответствието си с това ограничително изискване, участниците трябва да докажат на етапа на подаване на оферти, като приложат към своите технически предложения оторизационни писма и/или други документи (сертификати, споразумения), доказващи правото им да продават/доставят и сервизират предложеното оборудване на територията на Република България.

С посоченото условие е прието, че възложителят предварително предопределя кръга на участниците, респ. необосновано ограничава от участие тези, които не притежават изискваната оторизация и документ, с който да я удостоверят. Така тези, които не могат да представят документ за изискваната оторизация, като част от техническото си предложение, няма да могат да участват в поръчката, а ако участват - няма да отговарят на изискванията на възложителя, заложен в документацията, поради което ще бъдат отстранени от участие в процедурата. Дори и да предлагат по-добро като параметри оборудване - предмет на обществената поръчка, те остават извън процедурата за възлагане изначално, и няма да имат шанса да се конкурират с останалите, и съответно да получат поръчката.

Изискването за оторизация и документ, който да я удостоверява е възприето за необосновано ограничаване на конкуренцията, още повече, че в обществената поръчка е подадена само 1 оферта.

При тази фактическа обстановка е изведен извод, че възложителят е нарушил националното законодателство на обществените поръчки и по-конкретно

разпоредбите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2 ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, регламентиращи забрана при възлагането на обществени поръчки възложителите 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.

С поставянето на това изискване е прието, че възложителят е дал необосновано предимство на участници, които притежават изрична оторизация за територията на Република България, а необосновано е ограничил такива, които не притежават оторизация или имат обща такава, но биха могли да изпълнят обществената поръчка.

УО на ОПНОИР е установил, че нарушението съставлява нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, което е основание за налагане на финансова корекция в размер на 25% (двадесет и пет на сто) от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по сключения в процесната обществена поръчка договор №80-09-241/30.09.2022 г., с изпълнителя: „Динакорд - България“ ЕООД, ЕИК:[ЕИК].

С писмо с изх.№ 0401-11/01.02.2023г. изпратено до възложителя - СУ „Св. К. О.“ през модул „Кореспонденция“ по АДБФП в ИСУН 2020, рег. №BG05M20P001-1.001-0001-C03-M372, УО на ОПНОИР го е информирал за констатираните нарушения в обществената поръчка.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, Управляващият орган е дал възможност на СУ „Св. К. О.“ да представи възражения по констатираните нарушения и основателността и размера на определената финансова корекция, както и при необходимост да приложи доказателства.

На 15.02.2023г. в модул „Кореспонденция“ в ИСУН 2020 е постъпило възражение от възложителя - СУ „Св. К. О.“, с рег.№ BG05M20P001-1.001-0001- M375.

В оспореното в настоящето производство решение за определяне на финансова корекция възражението е прието за неоснователно, по мотиви, подробно изложени в него, и на основание чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ, чл.2 ал.2 и чл.2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП във вр. с т.10 б.“а“ от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности е определил финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80-09-241/30.09.2022 г, сключен с „Динакорд - България“ ЕООД, ЕИК[ЕИК] на стойност: 110 777,07 лв. (без ДДС) и съответно 132 932,48 лв. (с вкл. ДДС) в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка и гаранционно обслужване на оборудване за конферентна зала (цялостнорешение) за нуждите на Центъра за върхови постижения „Наследство БГ“ (ЦВП) ", с уникален номер е Р.: 00640-2022-0009, с конкретна максималната стойност на финансовата корекция 33 233,12 лв. Това решение е съобщено на жалбоподателя през ИСУН 2020 на 24.03.2023г. Жалбата срещу него е подадена чрез административния орган на 07.04.2023г., в срока по чл.149 ал.1 от АПК.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима - подадена е срещу индивидуален административен акт по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, от надлежен правен субект с право на обжалване, по смисъла на чл. 147, ал. 1 от АПК, пред компетентния съд, в преклузивния срок по чл.

149, ал. 1 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Не се спори между страните, че решението е постановено от оправомощен орган в пределите на неговата законова компетентност. Представен е трудов договор № 24/01.03.2022г., съобразно който проф.Г. Н. В. приема да изпълнява длъжността изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Програма за боразование“ [населено място], която агенция, съгласно чл.4 ал.1 от Устройствения правилник на агенцията, обн. в ДВ бр.86/2017г., изпълнява функциите на Управляващ орган по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г.

Оспореният акт е издаден в писмена форма и съдържа всички изискуеми реквизити. В него са изложени подробни мотиви, които, в съответствие с чл.59, ал.2, т.4 от АПК, съдържат както фактическите, така и правните основания за неговото издаване.

В административното производство не са допуснати съществени нарушения на процесуалните правила. Спазени са процедурите по ЗУСЕФСУ и Наредбата за посочване на нередности. Спазено е изискването по чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя, преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция, е предоставена възможност да представи възражения и приложи доказателства. Писмото е изпратено с изх.№ 0401-11/01.02.2023г. до възложителя - СУ „Св. К. О.“ през модул „Кореспонденция“ по АДФП в ИСУН 2020, рег. №BG05M2OP001-1.001-0001-C03-M372, и с него УО на ОПНОИР е информирал жалбоподателя за констатираните нарушения в процесната обществена поръчка. На 15.02.2023г. в модул „Кореспонденция“ в ИСУН 2020 е постъпило възражение от възложителя - СУ „Св. К. О.“, с рег.№ BG05M2OP001-1.001-0001- M375. Възражението е обсъдено в мотивите на решението за определяне на финансовата корекция. С оглед гореизложеното, не е налице и отменително основание по чл. 146, т. 2 от АПК.

Съдът намира, че при издаването на оспорения акт е допуснато нарушение на материалния закон.

Според легалната дефиниция на чл.2, т.36 от Регламент (ЕС) 1303/2013, „нередност“ означава 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. В настоящия случай съдът приема, че не е налице „нередност“ в горния смисъл.

Съгласно § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ до приключване 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 изпълнение на контрола на тези програми.

Вярно е, че в документацията на обществената поръчка, раздел 1.Техническа спецификация, Общи изисквания при изпълнението на обществената поръчка, изр.3 и 4, е въведено изискване изпълнителят да има оторизация/оторизационни писма или други документи/от производителя или негов официален представител, да продава,

доставя и сервизира предложеното оборудване на територията на РБългария, като участниците следва да приложат към своите технически предложения оторизационни писма и/или други документи (сертификати, споразумения и др.), доказващи, че имат право да продават, доставят и сервизират предложеното от тях оборудване на територията на Република България.

Съгласно разпоредбата на 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 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, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. /Наредбата/. Според легалната дефиниция в разпоредбата на чл.2, т.36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

Законът за обществените поръчки в нормата на чл.48 ал.1 определя, че възложителят определя техническите спецификации, съобразно изискванията на приложимите нормативни актове в съответната област, като прилага някой от изброените в разпоредбата начини. Следващата разпоредба – на чл.49 ал.1 въвежда изискване 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. Във вече посочения раздел от документацията – техническите спецификации, възложителят е посочил и, че изпълнителят на доставката ще има задължение да осъществява и гаранционното поддържане на доставеното оборудване. В сключения договор с изпълнителя – чл.12 ал.1, е предвиден 2 - годишен гаранционен срок, считано от датата на подписване на приемо-предавателен протокол удостоверяващ доставката, монтажа, инсталирането, тестването и

пускането в експлоатация на оборудването.

Съдът приема че заложеното изискване е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя да определи предмета на поръчката и изискванията към потенциалните участници, без с тях да се ограничава 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.

Така въведеното изискване не е ограничително и дискриминационно и същото не е в нарушение на чл.2 ал.2 и ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП. Предмета на обществената поръчка е „доставка и гаранционно обслужване за конферентна зала (цялостно решение) за нуждите на Центъра за върхови постижения „Наследство БГ“ (ЦВП)”, поради което същият обуславя и необходимостта доставчика да гарантира гаранционното обслужване на същото, което е залегнало и в сключения договор. Изискването на възложителя в техническата спецификация от документацията за представяне на оторизационно писмо към офертата, удостоверяващо правото на участника да извършва гаранционна поддръжка и обслужване на предложеното оборудване, не води до ограничаване на конкуренцията. Това изискване се явява обосновано и необходимо, с оглед специфичния предмет на поръчката. Изискването за оторизационно писмо или друг документ от производителя или търговеца е обичайна търговска практика, породена от необходимостта да се гарантира качество и надеждност на доставяното оборудване. Няма пречка възложителя да изисква такива писма за извършване на гаранционна поддръжка на доставеното оборудване. Съдът отбелязва и че изискването е само за представяне на оторизационни писма, сертификати или удостоверения, но не и за доказване наличието на конкретни сервизни бази. Това изискване, съдържащо се в техническите спецификации на поръчката, не може да се отнесе към техническите параметри и характеристики на оборудването на конферентна зала, което възложителя иска да му бъде доставено и гаранционно обслужвано, поради което е определено правилно като общо изискване, несъставляващо част от техническите параметри на изделията, посочени подробно на стр.6-8 от документацията, като същото не е в нарушение на чл.2 от ЗОП.

Въведеното общо изискване за оторизационни писма или друг документ от производителя или негов представител не стеснява необосновано кръга на участниците в процедурата и не е дискриминационно и е заложено в съответствие с чл.2 от ЗОП, като в случая следва да се вземе предвид и

специфичния характер на поръчката.

С изискването на наличие на оторизация, не се ограничава конкуренцията, както е посочил ответникът в оспореното решение. Същото е за конкретна/специална оторизация – на територията на Република България, но с него не се ограничава правото на лицата за участие в процедурата, които притежават и така нар. общата оторизация, тъй като последната дава право на лицето да предлага стоките на съответния производител навсякъде по света, включително и в Република България. Следователно процесното изискване, така както е формулирано, не може да се определи като ограничително по отношение на участниците по национален признак. Аргумент в тази насока не може да бъде и посоченото в решението подаване на оферта само от един участник, доколкото участието в процедура по обществена поръчка е в резултат на свободна воля и преценка на участниците и при липсата на жалби срещу обявлението за ОП или на постъпили искания за разяснения по условията в процедурата. (в горния смисъл Решение № 6452 от 15.06.2023 г. на ВАС по адм. д. № 11586/2022 г., VII о., Решение № 7869 ОТ 14.07.2023 г. по адм.д. № 2556/2023 г., VII отд. на ВАС).

От изложеното следва, че констатираното от административния орган нарушение на чл.2 ал.1 т.1 и т.2 и ал.2 от ЗОП не е налице, като ответникът в производството не доказва наличието на соченото основание за определяне на финансова корекция.

В допълнение, с оглед доводите в жалбата, съдът намира да отбележи, че твърдяното нарушение не съставлява нередност по посочената разпоредба - т.10 б“а“ от Приложение №1 към Наредбата 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 и основание за определяне на финансова корекция в размер на 25% . При допускането, че е налице нередност, то би попаднала в определението по т. 11,б.“а“, която точка касае налагане на финансова корекция, когато нередността 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. В случая, фактическите основания, посочени в решението, навеждат към определяне на финансова корекция именно по тази точка, като предвидения в нея процент е различен, доколкото в производството не се установят дискриминационни критерии по национален признак, както е приел органа. Неправилното посочване на

класификацията на нередността по т.10 б.“а“ е самостоятелно основание за отмяна на решението, само на това основание, като постановено в нарушение на материалния закон.

При така изложените съображения решението се явява незаконосъобразно, като постановено в нарушение на материалния закон и следва да бъде отменено. Жалбата на СУ „С. К. О.“, като основателна следва да бъде уважена.

При този изход на спора, основателно се явява искането на процесуалния представител на жалбоподателя за присъждане на разноски за държавна такса в размер на 265,86 лв. и за адвокатско възнаграждение в размер на 4237,86 лв.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение за определяне на финансова корекция № 0401-11/23.03.2023г. на изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. /ОП НОИР/ и Ръководител на управляващия орган /Р./ на ОП НОИР, с което е определена финансова корекция в размер на 25 % или 33 233,12 лв., върху предоставената БФП от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80-09-241/30.09.2022г., сключен с „Динакорт – България“ ЕООД на стойност 132 932,48 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция "Програма за образование", седалище и адрес [населено място], [улица], [жилищен адрес] да заплати на С. университет "Св. К. О.", седалище и адрес [населено място], [улица], разноски по делото в размер на 4 503,72 лв..

Решението подлежи на обжалване пред Върховен административен съд в 14 - дневен срок от съобщававането му на страните, на които на основание чл. 138 АПК да се изпрати препис от същото.

СЪДИЯ:

