

# РЕШЕНИЕ

№ 748

гр. София, 10.02.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,**  
в публично заседание на 23.11.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Анета Юргакиева**

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **8967** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 226 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е въз основа на Решение № 9268 от 24.08.2021 г. по адм. дело № 4879/2021г. по описа на ВАС, с което е върнато за ново разглеждане делото по жалбата на Софийски университет „С. К. О.” срещу Решение № 0401 – 32 от 20.08.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014 – 2020 (ОП „НОИР”) за определяне на финансова корекция в размер на 10% върху предоставена безвъзмездна помощ от ЕСИФ по Договор № 80.09 - 30 от 17.02.202019 г. на стойност 1 918 400 лв. без ДДС, сключен с XANOC S.A.S., в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка, инсталация и въвеждане в експлоатация на многофункционална апаратура за рентгеново разсейване във факултета по химия и фармация на софийски университет по Проект BG05M2OP001-1.002-0012”.

В жалбата се твърди, че оспореният акт е незаконосъобразен, неправилен и немотивиран, поради което се моли същият да бъде отменен. В съдебното заседание жалбоподателят, чрез юрк. И., поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Подробни съображения излага в писмени бележки.

Ответникът, чрез юрк. И., поддържа, че оспореното решение е законосъобразно и моли жалбата да бъде отхвърлена. Подробни аргументи излага в писмено становище.

Административен съд София – град, след като прецени събраните по делото доказателства и съобразно указанията, дадени от касационната инстанция, намира

следното:

Жалбоподателят Софийски университет „С. К. О.“ е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ по административен договор № BG05M2OP001 – 1.002 – 0012 - C01 по процедура BG05M2OP001 – 1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ по приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“. В изпълнение на проекта е проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП с предмет „Доставка, инсталация и въвеждане в експлоатация на многофункционална апаратура за рентгеново разсейване във факултета по Химия и Фармация на СУ „Св. К. О.“, въз основа на която е сключен Договор № 80.09 – 30 от 17.02.2020 г. с XENOC.S.A.S. на стойност 1 918 400 лв. без ДДС и 2 302 080,00 лв. с ДДС.

С писмо № 0401 – 32 от 27.07.2020 г. ръководителят на УО на ОП НОИР е уведомил жалбоподателя, че е извършена проверка на законосъобразността на проведената обществена поръчка, при която са констатирани следните нарушения:

1. Използвано е условие за изпълнение на поръчката, което е дискриминационно, тъй като включва необосновани национални изисквания

В документацията, част III. „Изисквания към офертите и необходими документи“, т. 3.5 „Техническо предложение съдържащо, подточка 3.5.3 възложителят е посочил следното: „оторизационно писмо от производителя, че участникът има право да извършва доставка и гаранционно обслужване на оборудването на територията на Република България“. Според констатациите от проверката, описаното изискване е ограничително, тъй като възложителят не е предвидил, че оторизацията може да не е предвидена конкретно за територията на Република България. Прието е, че по този начин необосновано се ограничава кръгът от потенциални кандидати, тъй като в обявената процедура не могат да вземат участие потенциално заинтересованите лица, които не разполагат с оторизация на територията на Република България. Установено е нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП. Прието е, че нарушението представлява нередност по т. 10, б. б, „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“ 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 което следва да бъде определена финансова корекция по пропорционалният метод, а именно - 10 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. Във връзка с определяне на основанието и размера на финансовата корекция за нередността е взето предвид, че нередността е за нарушения при възлагането на обществена поръчка след влизането в сила на Закона за обществените поръчки (обн., ДВ, бр. 13 от 2016 г., приложима редакция ДВ, бр. 17 от 26.02.2019 г.), поради което попада в обхвата на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата; допуснатото нарушение представлява използване на основание за отстраняване и условие за изпълнение на поръчката, чрез които стопанските субекти са били възпрепятствани да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка поради изискването за оторизация на територията на Р България; не са налице елементи на фактическия състав на нарушение по т. 10, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, поради това, че са получени две

оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор; налице е минимално ниво на конкуренция - получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

2. Използвано е условие за изпълнение на поръчката, което ограничава достъпа на кандидатите или участниците

При определяне на условията за изпълнение на поръчката, възложителят е заложил в част III „Изисквания към офертите и необходими документи“ , в т. 3.5 „Техническо предложение съдържащо:“, подточка 3.5.3 следното: „оторизационно писмо от производителя, че участникът има право да извършва доставка и гаранционно обслужване на оборудването на територията на Република България“. Според проверяващите, така заложеното изискване налага задължение всеки един от участниците да представи документ, от който да е видно оторизация от производителя за предлагане на оборудването на територията на Р България, което представлява подбор на кандидатите, при който тези, които не могат да представят такова оторизационно писмо, няма да отговарят на изискванията на документацията за участие и ще бъдат отстранени от участие в процедурата. Това изискване е сметено за ограничително, тъй като възложителят не е предвидил, че оторизация може да се предоставя не само от производителя на оборудването, но и от упълномощен от производителя представител за право на търговия/дистрибуция. По този начин необосновано е ограничен кръгът от потенциални кандидати, които разполагат с документ за оторизация, издаден от друго, упълномощено от производителя лице. Според проверяващите поставеното условие е необосновано и пречатства участието в процедурата. Установеното е в нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП. С допускане на описаното по-горе нарушение възложителят е допуснал и нарушение на принципа на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, като е заложил изискване участниците да представят оторизация само и единствено от производителя на предлаганата техника.

Като резултат от извършеното от бенефициера нарушение са налице в кумуляция и трите елемента на понятието за „нередност“. Посочено е, че доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, размерът на финансовата корекция следва да се определи по пропорционалния метод. Според констатациите от проверката, нарушението представлява нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към Наредбата и за нето следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия Договор № 80.09-30/17.02.2020. При квалифицирането на нередността и определяне на размера на финансовата корекция е взето предвид, че възлагането на обществена поръчка е след влизането в сила на ЗОП; попада в обхвата на описанието по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, а именно случаите, при които са приложени дискриминационни основания за отстраняване и условия за изпълнение , но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор; не са налице елементи на фактическия състав на нарушение по т. 11, б. „а“, нито по т. 11, б. „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, тъй като заложените условия водят до ограничение на кандидатите, но не водят до ситуация, в която само един изпълнител би могъл да изпълни поръчката; не са налице елементи на фактическия състав на нарушение по т. 11, б. „в“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, тъй като заложените условия водят до ограничение

на кандидатите, но са свързани с предмета на обществената поръчка.

Срещу констатациите от проверката и налагането на финансова корекция жалбоподателят е подал възражение, което е обсъдено от ръководителя на УО и прието за неоснователно.

С процесното Решение № 0401 – 32 от 20.08.2020 г. изпълнителният директор на ИА „НОИР“ и ръководител на УО на ОП НОИР е определил обща финансова корекция в размер на 10% върху допустимите разходи по засегнатия договор, сключен с XENOCS. S.A.S.

При така установеното, съдът приема жалбата за основателна и последните съображения:

В т.10, б. „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата се класифицират нарушенията, изразяващи се в 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, като е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

В т.11, б. б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата попадат нарушенията, изразяващи се в използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

С оглед обстоятелството, че констатациите и изводите и за двете нарушения произтичат от едно и също изискване, а именно участниците да разполагат с оторизационно писмо от производителя, че имат право да извършват доставка и гаранционно обслужване на оборудването на територията на Република България, съдът ще обсъди съвместно наличието на сочените нередности.

Спорният въпрос е дали изискването към потенциалните участници да разполагат с оторизационно писмо от производителя, че имат право да извършват доставка и гаранционно обслужване на оборудването на територията на Република България, представлява необосновано национално, следователно дискриминационно изискване, респективно дали е ограничен достъпа на потенциалните участници до участие в процедурата.

Както е посочено в решението на ръководителя на УО, чл. 2, ал. 1 ЗОП изисква обществените поръчки да се възлагат в съответствие с принципите на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. В допълнение, ал.2 на разпоредбата императивно посочва, че 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. Правилото на ал.2 е възпроизведено и в чл.59, ал.2 ЗОП, според която възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета,

стойността, обема и сложността на поръчката. Съвкупният анализ на цитираните разпоредби сочи, че определящо за преценката относно обосноваването на дадено изискване е съответствието му с критериите по чл. 59, ал.2 ЗОП – дали то е съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В случая поставеното условие съответства на предмета на поръчката – доставка на специфична и сложна високотехнологична апаратура. Обстоятелството, че спорното изискване съответства на предмета на поръчката се признава и от ответника с оглед изложените от него мотиви относно неприложимостта на т.11, б. „в“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

Основателни са възраженията на жалбоподателя, че ръководителят на УО е интерпретирал ограничително, формалистично и в крайна сметка неправилно съдържанието на процесното изискване. Поставеното от възложителя изискване е участникът да разполага с оторизационно писмо, че има право да извършва доставка и гаранционно обслужване на оборудването на територията на Република България. Неправилно обаче административният орган приема, че това означава единствено участникът да бъде изрично, конкретно оторизиран за територията на Република България и че така формулирано, съдържанието на изискването не може да се изведе по тълкувателен път – напр. ако участникът е оторизиран с права, чийто териториален обхват обхваща и територията на Република България /напр. с права за Централна и Източна Европа, ЕС, Б./. В настоящия случай, доколкото не може да се направи категоричен извод, че поставеното изискване се заключава единствено до представяне на документ, в който изрично да е посочено правото за извършване на доставка и сервиз на територията на България, и че в противен случай това би довело до отстраняване от процедурата на участник, който е оторизиран с такова право за територия, включваща и Република България, не може да се приеме, че е налице дискриминационно условие на национален принцип. При това положение, не може да се приеме за доказано и че е извършено соченото нарушение на чл.2, ал.1, т.1 ЗОП, съответно че е налице нередност по т.10, б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

Не се потвърждават и констатациите за второто нарушение. Според настоящия съдебен състав, заложеното от възложителя условие не е ограничително и не ограничава достъпа на кандидатите или участниците до участие в процедурата. Неоснователно ръководителят на УО приема, че възложителят е ограничил възможността за участие в процедурата на кандидати, които са оторозирани не от производителя, а от упълномощен от него представител. Според съда няма основание да се счита, че процесното условие прави допустими само кандидати, които са оторизирани директно от производителя, а не и такива, които се позовават на документ, издаден от упълномощен от производителя представител. Не се твърди от административния орган, а и няма доказателства да са отправяни запитвания и да са дадени разяснения в този смисъл от страна на възложителя, няма и отстранени на това основание участници. Действително, в документацията за участие е посочено, че участниците следва да представят „оторизационно писмо от производителя“, което поражда неяснота дали биха били допуснати кандидати, които разполагат с документ, издаден от упълномощен представител на производителя. Наличието обаче на неяснота относно смисъла, който възложителят е вложил при формулиране на изискването и начина, по който съответно ще го прилага, не обосновава категоричен

извод, че е поставено ограничително условие, т.е. че е възпрепятствано участието в процедурата на лица, които биха имали интерес, но не разполагат с документ, издаден от производителя, а само с такъв от упълномощен от него представител. След като няма обективни данни за това, че възложителят е изисквал документ за оторизация, издаден само и единствено от производителя на предлаганата техника, то не може да се приеме и че поставеното условие е ограничително. С оглед на това се опровергават и изводите на ръководителя на УО за извършена нередност по т.11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

По изложените съображения съдът приема, че не са налице сочените нередности при провеждане на процедурата по възлагане на обществената поръчка, с оглед на което неоснователно е наложена на жалбоподателя финансовата корекция.

Оспореното Решение № 0401 – 32 от 20.08.2020г. на ръководителя на УО на ОП НОИР се явява незаконосъобразно и като такова следва да бъде отменено.

Така мотивиран и на основание чл.172, ал.2, предл. второ АПК Административен съд София – град, III отделение, 51 състав

#### Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалбата на Софийски университет „С. К. О.” Решение № 0401 – 32 / 20. 08. 2020 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014 – 2020, с което е определена финансова корекция в размер на 10% върху предоставена безвъзмездна помощ по Договор № 80.09 - 30 от 17.02.202019 г. на стойност 1 918 400 лв. без ДДС, сключен с XANOC S.A.S.

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

СЪДИЯ: