

РЕШЕНИЕ

№ 7702

гр. София, 06.06.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 08.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **2520** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по 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) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.).

Образувано е по жалба на Технически университет- София против Решение № Р01-2/19.02.2024г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (РУО на ОП НОИР). Релевират се доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон и немотивираност на акта, съставляващо самостоятелно основание за отмяна на акта. Развиват се съображения, че в случая не са налице основания за налагане на финансова корекция, тъй като не са осъществени твърдените нарушения, поради което не е налице нередност. Твърди се, че по първото нарушение не са обсъдени възраженията, включително преценка по отношение на аспекта на нуждите на възложителя, а именно изграждане на свършен комплекс и съответните подсистеми и базов софтуер. Заложеният изисквания в техническата спецификация съдържали минимален праг на технически параметри като условие за допустимост и спазвайки изискванията за софтуерна съвместимост в цялост с останалото предложено с тази обособена позиция оборудване. Сочи се като крайна цел- въвеждане в експлоатация на свършен комплекс, съответните подсистеми и базов софтуер, а не доставка на самостоятелни и несвързани помежду си устройства. Изтъква се, че членовете на

комисията притежават необходимата професионална квалификация и практически опит в съответствие с обекта и сложността на конкретната поръчка. Жалбоподателят оспорва и второто нарушение като излага, че в досието на поръчката е приложено пазарно проучване от официалните интернет страници на потенциални доставчици на компютърно и комуникационно оборудване- доклад проф. Г. С. за средните цени и прогнозна стойност на оборудването от техническата спецификация. В доклада на проф. Г. С. се сочили 13 публично достъпни интернет страници на потенциални доставчици на компютърно и комуникационно оборудване, в които е представена информация и за алтернативно оборудване от други производители /като Lenovo, HP Enterprise, Fujitsuq Dell и др./, различно от доставеното, отговарящи на техническата спецификация. Поддържа се, че определянето на техническите спецификации се обуславя от специалните нужди на възложителя, като в случая не се установило облагодетелстване, респ. елиминиране на определени лица или продукти. Освен това не била установена конкретна вреда или потенциална възможност за нанасяне на такава. Моли съда да постанови решение, с което да отмени оспорения акт, като неправилен и незаконосъобразен. Претендира присъждане на разноски и юрисконсултско възнаграждение.

В открито съдебно заседание по делото жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата и моли съда да я уважи. Претендира разноски и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът- Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), чрез процесуалния си представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я остави без уважение. Подробни съображения излага в писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност, за да се произнесе, съобрази следното от фактическа страна:

Между Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР) и бенефициенти: Технически университет– Габрово, Технически университет– София, Централната лаборатория по приложна физика към БАН, Института по роботика към БАН, Софийския университет "Св. Климент Охридски", Технически университет– Варна, Института по електроника към БАН, е сключен Административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.002-0023-C 01 по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“, наименование на проекта Център за компетентност "Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии".

От страна на Технически университет-София, в качеството си на възложител е проведена обществена поръчка – открита процедура по реда на ЗОП, с предмет: „Доставка, монтаж и пускане в експлоатация на компютърно и комуникационно оборудване за нуждите на Технически университет – София, филиал Пловдив по договор BG05M2OP001-1.002-0023-C01, Център за компетентност “Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“ по проект BG05M2OP001-1.002-0023, финансиран по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж” с две обособени позиции (номер в РОП 00193-2021-0063), като обособена

позиция № 1 е: „Доставка, монтаж и пускане (въвеждане) в експлоатация на сървърно и компютърно оборудване за лаборатория по „Обработка на данни от сензорни мрежи и разпределени вградени системи за нуждите на Технически университет – София, филиал Пловдив“.

След проведената обществена поръчка, на основание чл.112 от ЗОП и Решение /Заповед/ № D10524027/19.11.2021 г. на Възложителя за определяне на Изпълнител на обществена поръчка, Технически университет – София сключил договор № 3-07/13.01.2022 г. с изпълнител „Контракс“ АД, на стойност 95 017,00 лева без ДДС или 114 020.40 лв. с ДДС.

При извършената повторна проверка (съгласно препоръка на Одитния орган, обективирана в Окончателен доклад от извършения одит на операциите на ИА ОПНОИР, обхващащ сертифицираните разходи за периода 01.01.2023 г. до 30.06.2023 г.) на възложената обществена поръчка, в частта на обособена позиция № 1 е констатирана нередност, която е основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/ в редакцията му преди 01.07.2022 г, а именно 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.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, с кореспонденция BG05M2OP001-1.002-0023-C05-M316 от 08.01.2024 г. в ИСУН 2020, Управляващият орган изпратил писмо за стартиране на производство по определяне на финансова корекция, като дал възможност на бенефициента Технически университет– София да представи възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства.

На 22.01.2024 г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0023-C05-M316-A001 бенефициентът подал своите възражения срещу основанието и размера на предложената финансова корекция.

С оспорваното в настоящото производство Решение № P01-2/19.02.2024г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (РУО на ОП НОИР), на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (Загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) (ЗУСЕФСУ), в редакцията им преди 01.07.2022 г. и в редакцията на посочените по-долу в текста на настоящото решение разпоредби на ЗУСЕФСУ преди 01.07.2022 г., във връзка с § 70 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (обн., ДВ, бр. 51 от 01.07.2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), 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, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., посл. доп. ДВ, бр. 102 от 23.12.2022 г.), чл. 143, параграф 2 във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г., в качеството на

Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР), 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, а именно договора № 3-07/13.01.2022 г. с изпълнител „Контракс“ АД, на стойност 95 017,00 лв., без вкл. ДДС, съответно 114 020,40 лв. с вкл. ДДС. Със същото решение е постановено финансовата корекция да се извърши при отчитане на следните обстоятелства:

С решение № 0415-14/20.12.2022г. УО на ОП НОИР е установил друга нередност по обособена позиция № 1 и в процеса по верификация на ИП е приложил финансова корекция в размер на 10 на сто от поисканите за възстановяване разходи по Договор № 3-07/13.01.2022 г. с изпълнител „Контракс“ АД за 95 017,00 лева без вкл. ДДС. В пакет отчетни документи № 14/26.01.2023 г. с включено искане за междинно плащане и верифициран с Решение № 0415-14/23.05.2023 г., бенефициентът е отчетел разходи по засегнатия договор № 3-07/13.01.2022 г. с изпълнител „Контракс“ АД като е отчетена цялата стойност на договора в размер на 114 020,40 лв. с ДДС с фактури № [ЕГН]/14.01.2022 г. и № [ЕГН]/31.03.2022 г., като на основание чл. 71, ал. 1 и чл. 75, ал. 1, изречение първо от ЗУСЕФСУ и в изпълнение на решение № 0415-14/20.12.2022 г. не е верифицирана сумата в размер на 11 402,04 лв.

Предвид това, че по договора по обособена позиция № 1 е установена и друга нередност, и с оглед принципа за некумулиране на финансови корекции, залегнал в чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ и чл. 7 от Наредбата, за допуснатите нарушения (в настоящото решение и в Решение № № 0415-14/20.12.2022 г.) Управляващият орган определя финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по засегнатия от нарушението договор по обособена позиция № 1 с изпълнител „Контракс“ АД и доналага финансова корекция за нарушението, установено с настоящото решение, до достигане на 25 % от стойността на поисканите за възстановяване допустими разходи по този договор с изпълнител.

На основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, максималната стойност на финансовата корекция по засегнатия от нарушението договор по обособена позиция № 1, с изпълнител „Контракс“ АД, е 28 505,10 лева, от които УО доналага финансова корекция за нарушението, установено с настоящото решение – 17 103,06 лева, до достигане на 25 % от стойността на поисканите за възстановяване допустими разходи по този договор с изпълнител.

По делото е приета административната преписка, както и допълнително ангажираните по делото писмени доказателства.

Видно от приобщеното Решение № 0415-14/20.12.2022 на УО на ОП НОИР, същото е издадено за установена друга нередност по обособена позиция № 1 и в процеса по верификация на ИП, като е наложена финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената БФП от ЕСИФ /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по Договор № 3-07/13.01.2022 г. с изпълнител „Контракс“ АД на стойност 95 017,00 лева без вкл. ДДС. На основание чл.5, ал.3 от Наредба за посочване на нередности, максималната стойност на финансовата корекция по обособена позиция №1 е 11 402.04 лв. Със същото решение е наложена и финансова корекция по друга обособена позиция №2. Видно от приетото към доказателствения материал Решение №

0415-14/23.05.2023 г., в изпълнение на Решение № 0415-14/20.12.2022 г. сумата в размер на 11 402,04 лв. не се верифицира на основание чл. 71, ал. 1 и чл. 75, ал. 1, изречение първо от ЗУСЕФСУ.

При така изложените факти от правна страна съдът намира следното:

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.

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 „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, съгласно Трудов договор №РД12-24/01.03.2022 г.. С оглед изложеното, оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне

на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. 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 случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства, от която същият се е възползвал.

Съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В акта изрично е посочено, че констатираните нарушения, квалифицирани като нередности и размера на определените финансови корекции са описани в цитираното по-горе уведомително писмо, адресирано до жалбоподателя, с което последният се е запознал преди издаване на решението за определяне на финансова корекция. Доколко тези фактически и правни основания са правилни, респ. дали обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че органът не е обсъдил изразеното становище по основателността на наложената финансова корекция. В този смисъл процесното решение е съответствие с изискванията на чл.146 т.2 и т.3 АПК.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими 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 участва като бенефициент 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.

За да се наложи финансова корекция следва да е налице основание-нередност, съставляваща нарушение, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Съдът следва обстойно да обсъди в настоящото решение, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

В тежест на административният орган, с оглед на чл.170 ал.1 от АПК е да докаже, че има нарушения на Закона за обществените поръчки, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая, приложима по отношение на нея е Наредба 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. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

По първото нарушение по чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във връзка с чл. 101, ал. 5 от ЗОП- Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция № 1.

Според заложеното от законодателя в нормата на чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Съгласно цитираната като нарушена разпоредба на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП възложителят отстранява от процедурата участник, когато офертата му не отговаря на предварително обявените условия на поръчката.

В чл.101, ал.5 ЗОП е визирано, че при изготвяне на заявления за участие или оферти всеки кандидат или участник трябва да се придържа точно към обявените от възложителя условия.

В случая, видно от техническата спецификация по Обособена позиция № 1 (част 2, Раздел V „Изисквания към изпълнението на поръчката“) възложителят е предвидил, че предложенията на участници в обществената поръчка, които не отговарят на Техническото задание на възложителя, действащото законодателство, нормативните уредби и указанията на Възложителя в документацията, или такива, в които има противоречива информация между отделните предложения, ще бъдат отстранени. Посочено е и, че към техническото си предложение всеки участник трябва да приложи кратко описание и/или технически материали на български език на предлаганото оборудване, предмет на

поръчката. В Образец № 2-1 на техническо предложение по Обособена позиция № 1, в колона „Препратки към техническите параметри“ участниците е следвало да посочват съответно приложение към Техническото предложение, което съдържа каталог или брошура или други технически материали, които съдържат кратко описание и/или технически материали на български език на предлаганото оборудване, предмет на обособената позиция, като е изискано тези материали да бъдат приложени към самото техническото предложение. Пояснено е, че тези материали трябва да доказват техническите параметри на оборудването, без цени.

В част 2, Раздел V. „Изисквания към изпълнението на поръчката“ по Обособена позиция № 1, относно доставката на Софтуер за бекъп и възстановяване на данни- 1 брой, възложителят е изискал предложеното решение да покрива минимум VMware ESX/ESX(i) 6.7 и по-висок или еквивалентен.

При проверката на офертата на изпълнителя по обособена позиция № 1 „Контракс“ АД, управляващият орган установил, че участникът е представил техническо предложение, което съдържа сравнителна таблица за съответствието на офертираното оборудване с изискванията на възложителя и са посочени препратки към документи, с които се доказват офертираните характеристики на оборудването. Приложени са копия на следните документи: За позиция Софтуер за бекъп и възстановяване на данни участникът е предложил оборудване модел Acronis Backup Advanced 15, производител Acronis и е приложил към техническото предложение Брошура Acronis Backup Advanced, Разпечатка от техническо ръководство Acronis - snapshot и Разпечатка от техническо ръководство Acronis – CBT; В сравнителната таблица за Софтуер за бекъп и възстановяване на данни е посочил, че предлаганият от него софтуер покрива VMware ESX/ESX(i) с версии 6.7 и 7. Направена е препратка към страница 4 от Брошура Acronis Backup Advanced, където е посочено, че поддържаните версии на VMware vSphere ESX(i) са 6.0, 5.5, 5.1, 5.0.

РУО приел, че посочените в брошурата като поддържани версии са по-стари от изисканите от възложителя. На цитираната от участника страница от брошурата и в останалата част от офертата не се съдържа информация или доказателства, удостоверяващи съответствие с изискването за „минимум VMware ESX/ESX(i) 6.7 и по-висок или еквивалентен“. За оборудването Софтуер за бекъп и възстановяване на данни към техническото предложение не са представени кратко описание и/или технически материали на български език на предлаганото

оборудване, които да доказват съответствие с изискването за „минимум VMware ESX/ESX(i) 6.7 и по-висок или еквивалентен“. Въпреки това комисията приела, че техническото предложение на участника отговаря на изискванията на възложителя и същият е определен за изпълнител на поръчката по тази обособена позиция.

Съдът намира, че законосъобразно административният орган се е позовал на даденото указание относно поставените минимални технически изисквания на възложителя и представените от участника, конкретно за „Софтуер за бекъп и възстановяване на данни“, а именно като минимално техническо изискване е посочено: VMware ESX/ESX(i) 6.7 и по-висок или еквивалентен; Hyper-V или еквивалентен; Citrix XenServer или еквивалентен; Red Hat или еквивалентен.

В случая, от брошурата на изборния за изпълнител е констатирано, че предлаганият продукт разполага с характеристика VMware vSphere ESX (i) 6.0, 5.5, 5.1, 5.0., т.е. поддържани версии са по-стари от заложените като минимални в техническите спецификации на възложителя. Предложената операционна система Windows Server 2019 не променя изискването за софтуер за бекъп и възстановяване на данни с ОС на VMware ESX/ESX(i) 6.7 и по-висок или еквивалентен. Предвид това, не се доказва тезата на жалбоподателя, че изборният изпълнител към момента на провеждане на процедурата и с приложените по нея документи отговаря на посочените от възложителя минимални изисквания за продукта – предмет на поръчката. С оглед изложеното техническата спецификация е приложена неправилно, предложението на изборния за изпълнител участник не отговаря на поставените изисквания, поради което същият е следвало да бъде отстранен от процедурата по обществената поръчка на основание чл. 107, т. 2, б. "а" ЗОП.

Този извод не се променя от факта, че липсват твърдения и доказателства, внасящи съмнения в компетентността и професионалните качества на оценителната комисия.

Предвид изложеното, съдът намира, че офертата на изборния изпълнител по обособена позиция № 1 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, във вр. с чл. 101, ал. 5 от ЗОП. Следователно налице е вторият елемент от фактическия състав на нередността.

Налице е и третият елемент от фактическия състав на нередността. Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица

нанасянето на вреда", сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В процесния казус е налице нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки, което може да има отрицателно отражение върху разходването на европейски средства, тъй като във всички случаи на избор на изпълнител, който не отговаря на минималните изисквания на възложителя е нарушен принципът на равнопоставеност на участниците.

Настоящият съдебен състав приема, че законосъобразно нарушението е субсумирано като нередност по т. 14- Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно, в резултат на което за изпълнител е определен кандидат, който не отговаря на 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 ЗУСЕСИФ (Наредбата), за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по засегнатия договор.

Досежно второто нарушение по чл. 121, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП- Недостатъчна одитна пътека при изпълнението на договора за обществена поръчка по обособена позиция № 1.

Съгласно чл. 121, ал.1 от ЗОП Възложителите поддържат досие за всяка обществена поръчка с цел осигуряване на документална проследимост (одитна пътека) по отношение на всички свои действия и решения, както и на действията на комисиите за възлагане на обществени поръчки, независимо дали поръчките се възлагат с електронни средства. В ал.2 /в относимата редакция/ е посочено съдържанието на досието, а именно всички решения, обявления, документацията и други

допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 – 5, описание на причините, поради които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол– и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане.

Според нормата на чл. 49, ал.1 ЗОП Техническите спецификации трябва 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.

В проведеното срещу жалбоподателя административно производство е констатирано от Управляващия орган, че в досието на поръчката не е налице одитна следа. Не е предоставена информация за алтернативно оборудване на други производители (различно от доставеното от участника, определен за изпълнител), което да покрива всички параметри от техническата спецификация, както и индикативни оферти, подадени при подготовката на проектното предложение и формиране на бюджета, относно артикулите, включени в предмета на поръчката. В резултат на това не може да се формира заключение за наличие или липса на формулирани условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурата, с изключение на следните артикули от оборудването – предмет на поръчката по обособената позиция, а именно: Работно място десктоп – 7 броя, Монохромно многофункционално устройство А4 и Проектор със стойка и екран, за които при повторната проверка е открито алтернативно оборудване.

Досежно недостатъчната одитна пътека при изпълнението на договора за обществена поръчка, бенефициентът сочи изпълнение на задължението си по чл. 21, ал. 2 от ЗОП за определяне на прогнозната стойност на оборудването в съответствие с разпоредбата на чл. 98, ал. 1, т. 1 от ППЗОП, с проведено пазарно проучване от официалните интернет страници на потенциални доставчици на компютърно и комуникационно оборудване, като е представен доклад на проф. Г. С. за средните цени и прогнозна стойност на оборудването от техническата спецификация.

В тази връзка Управляващият орган е установил, че от представените резултати от пазарно проучване, извършено от бенефициента се доказва, че цените на отделните артикули съответстват на пазарните, но от предоставените линкове не се доказва, наличието на алтернативното оборудване на други производители (различно от доставеното от изпълнителя), което да покрива всички параметри от техническата спецификация- за всеки продукт от предмета на доставката по всяка позиция/подпозиция. Констатирано е, че от представени 13 бр. линкове към интернет страници /онлайн магазини, от които 4 не са активни, а останалите насочват към раздели на съответната страница за съвременно оборудване, от което не може да се удостовери по безспорен начин, че

съществуват алтернативни марки, модели, които притежават поставените в спецификацията характеристики и съответно, че спецификациите не насочват към конкретен единствен продукт. Изведен е извод за липса на конкретна аргументация за наличието на алтернативно оборудване, покриващо минималните технически спецификации с изключение на Работно място десктоп – 7 броя, Монохромно многофункционално устройство А4 и Проектор със стойка и екран.

Съдът намира, че залагането в Техническата спецификация на множество технически или функционални характеристики и липсата на доказване на наличието на алтернативи на други производители е предпоставка за неравно третиране на участниците до процедурата, още повече при подадена само една оферта по обособена позиция № 1. При липсата на одитна следа за алтернативно оборудване на други производители (различно от доставеното от участника, определен за изпълнител), не може да се формира заключение за наличие или липса на формулирани условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурата, с изключение на оборудването по ОП 1 - Работно място десктоп – 7 броя, Монохромно многофункционално устройство А4 и Проектор със стойка и екран.

С оглед изложеното, правилен е извода на ответника, че липсата на достатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка, рефлектира върху прозрачността на проведената обществена поръчка, което води до нарушаване на принципа на свободна конкуренция.

В процесния казус са налице кумулативно и трите елемента на понятието „нередност“, установени в легалната му дефиниция, а именно: налице е нарушение на националното законодателство по обществените поръчки – чл. 121, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП, произтичащо от действие на икономически оператор Технически университет – София, в качеството му на възложител, което би могло да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Приложим при определяне на размера на финансовата корекция по поръчката, по която е установено гореописаното нарушение е пропорционалният метод на основание чл. 2, ал. 1 и чл. 5 от Наредбата.

Нарушението представлява нередност по т. 16 буква „а“, във вр. с т. 11 буква „а“ 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 - (Наредбата), за която е

предвидена финансова корекция в размер на 25 % върху разходите по засегнатия договор. Текстът на т. 16 се отнася към недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка, а съставът на нередността конкретно по б. "а" се отнася до недостатъчност на изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност. Приложимостта на т. 11, б. а) от Наредбата е обусловена от това, че по процедурата не са получени две или повече оферти, които да са допуснати и да отговарят на критериите за подбор.

Спазен е принципът за некумулиране на финансови корекции, залегнал в чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ и чл. 7 от Наредбата.

Съобразно изложеното, съдът намира, че РУО правилно е установил релевантните за казуса факти, въз основа на тях е направил обосновани фактически изводи, правилно е тълкувал и приложил материалния закон и съобразил неговата цел, поради което решението му за определяне на финансова корекция е законосъобразно, а жалбата срещу него - неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева, на основание чл. 143, ал. 3 АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Така мотивиран, Административен съд София- град, III-то отделение, 73-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Технически университет- София срещу Решение № P01-2/19.02.2024г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020.

ОСЪЖДА Технически университет- София да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ 100 лева разноски по делото.

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

СЪДИЯ:

