

РЕШЕНИЕ

№ 5434

гр. София, 21.09.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 22.06.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **2554** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК във вр. с чл.73 ал.4 и чл.27 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Университет по архитектура, строителство и геодезия, представляван от ректора – проф.д-р инж.И. М., срещу Решение № 0412-1/11.02.2021г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (НОИР) за определяне на финансова корекция:

По т.І от решение № 0412-1/11.02.2021г. – в размер на 10 на сто върху предоставената БФП от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по:

- договор по обособена позиция № 2 – Договор № 39/31.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 82 460 лв. без ДДС или 98 952 лв. с ДДС или корекция в размер на 9895,20 лв.

- договор по обособена позиция № 3 – Договор № 47/31.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 12 683 лв. без ДДС или 15 219,60 лв. с ДДС или корекция в размер на 1 521,96 лв.

- договор по обособена позиция № 5 – Договор № 37/31.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 170 000 лв. без ДДС или 204 000 лв. с ДДС или корекция в размер на 20 400 лв.

или с максимална стойност на финансовата корекция в размер на 31 817,16 лв.

По т. II от Решение № 0412-1/11.02.2021г. в размер на 5 на сто по:

- обособена позиция № 1 в Договор № 40/31.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 19 850 лв. без ДДС или 23 820 лв. с ДДС или с размер на корекцията от 1 191 лв.

- обособена позиция № 6 в Договор № 38/31.07.2020г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 62 500 лв. без ДДС или 75 00 лв. с ДДС или корекция в размер на 3 750 лв.,

или с максимална стойност на финансовата корекция по тези договори размер на 4 941 лв.

В жалбата са развити доводи за незаконосъобразност и неправилност на решението, като постановено при неправилно приложение на материалния закон, при съществени нарушения на административнопроизводствените правила и необосновано. Конкретно се оспорва основата, върху която е изчислена стойността на финансовата корекция, като се сочи че не е отчетено обстоятелството че по проекта европейското финансиране е 85 %, а националното – 15 %. Оспорват се изводите в решението за наличието на условия за изпълнение на поръчката, което ограничава достъпа на кандидатите/участниците в процедурата, с доводи, че поръчката изисква не само доставка на техника, но и монтаж, пускане в експлоатация и обучение за работа с оборудването, както и гаранционно и сервизно обслужване, при което гаранционното обслужване и сервиз са съществена част от изпълнението, респ. и от значение за удовлетворяване на потребностите на възложителя. Поради това поставеното условие в т.1.5. е съобразено с чл.39 ал.3 т.1 б.Ж от ППЗОП и е въведено с оглед спецификата на оборудването и осигуряване на възможност за непрекъсната и безпроблемна експлоатация. Твърди се, че изискването за представяне на документ от участниците, от който да е видно, че са оторизирани от съответния производител на предлаганото оборудване не пречат възможността им за подаване на оферти, тъй като възложителят не е ограничил участниците по отношение вида на документа за оторизация. Поддържа се, че е допустимо възложителят да поставя изисквания, които да гарантират качество и надеждност на доставката, които са обективно обосновани от предмета на поръчката. По отношение на изводите на УО за липсата на осигурено достатъчно ниво на конкуренция за обособени позиции 0 2, 3 и 5, доколкото за всяка от тях е подадена по 1 оферта, се твърди, че доколкото критериите за подбор са еднакви за всички обособени позиции и всеки от възложителят не е ограничил участниците с условието, при което е налице минимално ниво на конкуренция и размера на корекцията неправилно е определен по реда на т.11 б.а от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата. Искане се отмяна на решението.

В проведеното открито съдебно заседание жалбоподателят се представлява от пълномощници - адв.Н. и адв.Р., които поддържат жалбата и моли за отмяна на оспореното решение. Поддържа, доводите в жалбата че гаранционната поддръжка и сервиз са съществена част от изпълнението на поръчката, като факта, че всеки участник самостоятелно е преценил да участва само то определена обособена позиция, е в резултат на негов избор, а не на ограничителни условия от възложителя.

Претендират се разноски за държавна такса, съобразно представен списък.

Ответникът, редовно призован се представлява от служител с юридическо образование К., който оспорва жалбата. Представя подробни писмени бележки в подкрепа на доводите за правилност и законосъобразност на решението на УО.

Софийска градска прокуратура, редовно призована не изпраща представител за участие в производството и не представя становище..

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

Университета по архитектура, строителство и геодезия (У.) [населено място] е един от бенефициентите по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG 05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“. От жалбоподателя У., в качеството му на възложител е проведена открита процедура по чл. 20, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 18, ал. 1, т. 1 от ЗОП, обявена на 14.08.2019 г. с индивидуален номер в Р. 00854-2019-0004 с предмет „Доставка, монтаж и въвеждане е експлоатация на лабораторно и пилотно оборудване към съществуващите лаборатории към катедра „Водоснабдяване, канализация и пречистване на води“ при Хидротехнически факултет и катедра „Строителни материали и изолации“ при Строителен факултет на У., за изграждането и развитието на Център за компетентност „ Чисти технологии за устойчива околна среда - води. отпадъци, енергия за кръгова икономика" по проект № BG 05M2OP001-1.002-0019, финансиран по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж-" с шест обособени позиции, представена с пакет отчетни документи № 9/13.11.2020 г. в ИСУН.

При проверка на възложената обществена поръчка и сключените договори в изпълнение на проведената процедура, от страна на УО са констатирани нарушения, посочени в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. № BO05M2OPOOI -1.002-0019-С.-M250 от 18.12.2020 г. до възложителя У., а именно: използвано условие за изпълнение на поръчката, което ограничава достъпа на кандидатите или участниците. Установено е, че възложителя в Документацията за участие в процедурата, в т.1.5 Документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на апаратурата – на основание чл.39 ал.3 т.1 б.Ж от ППЗОП", след което изискване е изписана забележка , след текста „Важно“ „В случай че е техническото предложение че се съдържа един или повече от описаните в т. б. документи или представените документи не отговарят на изисканите форма и съдържание, съответният участник ще бъде отстранен от участие в процедурата. " (л.159). Според констатациите на УО подобно Условия У. е вписал и в приложените Образци № 2-1, 2-2, 2-3, 2-4 и 2-5, както в 2-6 от Техническо предложение към документацията за всяка отделна позиция, което е поставено като изискване за деклариране от участниците, че прилагат документи, удостоверяващи, че разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на апаратурата.

Посоченото условие за участниците в процедурата е определено като ограничително, тъй като към момента на кандидатстването потенциалните участници трябва да разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител, което обстоятелство да докажат с надлежен документ при подаване на офертата си. Прието е, че това изискване противоречи на принципа за свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, като дава необосновано предимство на потенциални участници, разполагащи с оторизиран сервиз, и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официалния вносител на апаратурата. С формулираното по този начин изискване възложителят е предопределил кръга на потенциалните участници, по отношение на тези, които разполагат със собствен или

нает оторизиран от производителя на апаратурата сервиз и не е дал възможност за участие в процедурата на лица, които към момента на подаване на офертите не разполагат със собствен или нает оторизиран от производителя или от официалния вносител на апаратурата сервиз, но в случай че бъдат избрани за изпълнител - могат да осигурят такъв. С поставеното изрично условие в обществената поръчка е включено обстоятелство, което необосновано ограничава участието на икономически оператори в същата и по този начин обуславя неговия дискриминационен характер.

В тази връзка така заложеното изискване е квалифицирано незаконосъобразно /дискриминационно/, тъй като дава необосновано предимство и необосновано ограничава участието на лица в обществената поръчка, не съответства на предмета и характера на същата и противоречи на принципа за свободна и лоялна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Установеното е определено като нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, за което финансовата корекция е определена по пропорционалния метод, на основание чл. 5 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) и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Прието е, че нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, като осъщественото нарушение е прието, че попада под фактическия състав на нередност по т. 11, а именно: „Използване на основания за отстраняване, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура", и при отчетеното минимално ниво на конкуренция, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във връзка с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал. 1 от горепосочената Наредба, за конкретното нарушение по т. 11, б. „а" от Приложение № I към Наредбата е определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по съответните обособени позиции:

- За Обособена позиция № 2 - Договор № 39 / 31.07.2020 г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 82 460,00 лв. без ДДС;
- За Обособена позиция № 3 - Договор №47/31.07.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 12 683,00 лв. без ДДС;
- За Обособена позиция № 5 — Договор №37/31.07.2020 г. сключен с изпълнител [фирма] на стойност 170 000.00 лв. без ДДС.

За констатираното нарушение по т. 11, б. „б" от Приложение № 1 към горепосочената Наредба е определена финансова корекция в размер на 5% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори по следните обособени позиции на поръчката:

- За Обособена позиция № 1 - Договор № 40/31.07.2020 г. със [фирма] на стойност 19 850.00 лв. без ДДС;
- За Обособена позиция № 6 - Договор №38/31.07.2020 г. с изпълнител . [фирма] на стойност 62 500,00 лв. без ДДС.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е дал възможност па

бенефициента - Университет по архитектура, строителство и геодезия (У.) - [населено място] за възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства, като е изпратил чрез ИСУН.

В законоустановения срок бенефициентът е представил възражение с аргументи срещу формулираните от УО констатации, оценено като неоснователно, вследствие на което е издадено оспореното в настоящето производство решение.

Решението е съобщено на жалбоподателя през модул „Кореспонденция“ в ИСУН“ на 12.02.2021г. (л.50). Жалбата срещу решението е подадена чрез административния орган на 25.02.2021г.

В производството са приети като доказателства представените от ответника с административната преписка. Допълнителни доказателства не са ангажирани от страните.

Въз основа на така установените по делото факти съдът приема от правна страна следното:

Жалбата срещу решението е подадена в срок, от лице с правен интерес от оспорването й, доколкото акта е неблагоприятен за него, поради което е допустима.

Оспореният акт е издаден от компетентен орган, в исканата от закона писмена форма и съдържа фактически и правни основания за издаването му.

Между страните няма спор по фактите. Спорът в производството се свежда до правилното приложение на материалния закон.

Съгласно чл. 59, ал. 2 ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които 1) са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката и 2) трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Изречение второ от посочената норма определя, че когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

В настоящия случай жалбоподателя като възложител е избрал като изискване в документацията за участие в процедурата представяне от страна на участниците в процедурата на документи, доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официалния вносител на апаратурата. Като основание за представянето на тези документи е посочен чл.39 ал.3 т.1 б.Ж от ППЗОП. Разпоредбата определя съдържанието на офертата на участниците в процедурата и възможността възложителя да определи като съдържание на офертата и „друга информация и/или документи, изискани от възложителя, когато това се налага от предмета на поръчката“.

От правното основание на оспорения акт е видно, че органът твърди, че това условие, поставено на етап съдържание на офертата за участие в процедурата е ограничително, тъй като още към момента на кандидатстването участниците следва да разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител, което обстоятелство да докажат с надлежен документ. С това изискване според УО е предопределен кръга на участниците и не е дадена възможност за участие на участници, които към този момент не разполагат със собствени или нает сервиз.

Съдът намира заложеното изискване за определени в рамките на оперативната самостоятелност на жалбоподателя, доколкото същото е необходимо за установяване на възможността на участниците да изпълнят предмета на поръчката – изискване, визирано в чл. 59, ал. 2, изр. 1 ЗОП.

По делото не е спорно, че в предмета на обществената поръчка е включено и гаранционното и сервизно обслужване на доставената апаратура и оборудване. В документацията на поръчката и в изискванията към техническото предложение на участниците се съдържат клаузи за гаранционно обслужване и сервиз на апаратурата, безплатна подмяна на дефектирали части и компоненти с нови, периодична профилактика и отстраняване на скрити дефекти, вкл. и определен срок за отстраняване на повредите – на място или в сервиз. (т.2.8-2.10 от техн.предложение). Изисквания за гаранционно обслужване /поддръжка/ на доставената апаратура, доставка на необходими части и материали в рамките на гаранционния срок, както и изисквания за сервизно обслужване на апаратурата за сметка и на риска на изпълнителя са заложи и в представения в документацията проект на договор за доставка на апаратура (чл.1.2 (iv), както и в чл.4.6 и чл.10.2).

При тези определени задължения на изпълнителя, скрепени и със срокове за уведомявания между страните и за отстраняване на повреди и подмяна на части, безспорно е, че както наличието на сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител, така и спазването от изпълнителя на задължението за реакция в определения срок, за влагането на нови части, за поемането на всички разходи по гаранционното обслужване, вкл. и на място, а не само в сервиз, са условия, които гарантират изпълнението на поръчката.

Поради това съдът приема че заложените изисквания са в съответствие с нормата на чл.39 ал.3 т.1 б.Ж от ППЗОП, вкл. съответстват на предмета и характера на обществената поръчка, доколкото са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката. Поради това е напълно допустима същите да се зложат като изискване именно към момента на кандидатстване.

Поради това с поставянето им като изискване към офертата на участниците възложителят не е възпрепятствал участниците, вкл. и осигурявайки им свобода в избора на документ, с който ще докажат това изискване

Заложеното изискване е законосъобразно и съответно на предмета на поръчката. Поради липса на допуснато нарушение при провеждане на обществената поръчка решението за определяне на финансова корекция се явява незаконосъобразно и като такова следва да бъде отменено.

С оглед на изхода от спора, и на основание чл. 143, ал. 4 АПК и чл. 78, ал. 8 от Гражданския процесуален кодекс (ГПК) във вр. с чл. 144 АПК съдът следва да осъди ответника да заплати на жалбоподателя направените и поискани разноски за заплатена държавна такса в размер на 39,52 лв.

Водим от горното съдът

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ Решение № 0412-1/11.02.2021г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование

за интелигентен растеж“ и изпълнителен директор на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ .

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, седалище и адрес [населено място], [улица], [жилищен адрес] да заплати на Университет по архитектура, строителство и геодезия разноски по делото в размер на 39,52 лв.

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

СЪДИЯ: