

РЕШЕНИЕ

№ 2643

гр. София, 18.04.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 81 състав,
в публично заседание на 26.01.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Стоян Тонев

при участието на секретаря Веселина Григорова, като разгледа дело номер **10611** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (загл. изм. – ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) - ЗУСЕФСУ, вр. с чл. 145 – 178, вр. чл. 226 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е след връщането му от ВАС с Решение № 10430/16.11.2022г. по адм.д. № 5535/2022г., с което е отменено като неправилно Решение № 7618/16.12.2021 г. по адм. дело № 2654/2021г. на АССГ, което е било образувано по жалба от СУ „Св. К. О.“, срещу Решение № 0401-17/25.02.2021 г., издадено от Изпълнителен директор на ИА Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР) и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансова корекция: по т.І.1. - 10% върху допустимите разходи по сключените договори с изпълнителите по ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17; по т.І.2 - 5% върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите по ОП № 5, 7, 8,14 и 15; по т.І.3. - 25% върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнителя за ОП №11.

В жалбата се твърди, че оспореното решение е незаконосъобразно с оглед неспазване на установената форма поради липса на мотиви, твърдят се съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Жалбоподателят излага теза, че не са налице нередности и няма основание за налагане на финансовата корекция.

Изразява несъгласие с констатациите за извършени нарушения при възлагането на обществената поръчка и развива подробни доводи в подкрепа на тезата си. Иска се отмяна на решението в неговата цялост.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез адв. О., поддържа жалбата по съображенията подробно изложени в същата. Претендира присъждане на разносните по делото, съобразно представен списък. Твърди, че не се установявала реална или потенциална вреда за бюджета на ЕС и причинна връзка на същата с претендираните нарушения на ЗОП.

Ответникът – Ръководителят на управляващия орган на ОП "НОИР" 2014 - 2020г. (и изпълнителен директор на ИА "Програма за образование", изпълняваща функциите на УО на ОП "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 - 2020 г.), чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки. В същите излага своето виждане за осъществените от възложителя нарушения по ЗОП. Спира се на дефиницията в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година, че „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 тази връзка сочи, че Софийският университет „Св. К. О.“ има качеството на „икономически оператор“ по смисъла на чл. 2 т. 37 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от европейските фондове. Излага подробни съображения, че СУ „Св. К. О.“ е извършил всички нарушения, приети в решението на Р., а именно: 1). Нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. първо, във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП; 2). Нарушение по чл. 59, ал. 2, изр. второ и трето ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП; 3). Нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП, вр. с чл. 67, ал. 1 и чл. 112, ал.1, т.2, вр.чл. 2, ал.1, т. 1 и т.2 от ЗОП. Коментира наличието на останалите елементи за наличието на „нередността“ по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, вкл. вредата за бюджета на Съюза. Моли съда да приеме, че оспореното решение на Р. е законосъобразно и да отхвърли жалбата срещу същото.

СГП, редовно и своевременно призована, не изпраща представител и не взема становище по същество на спора.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят – СУ „Св. К. О.“ е бенефициер по смисъла на чл.2, т.10 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 („бенефициент“ с оглед на приетото от националния законодател наименование на бенефициера) по административен договор (наличен в приложение 2 от делото) с рег. № BG05M2OP001 – 1.002-0019 – С 01 от 30.03.2018г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“, приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие, процедура BG05M2OP001– 1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“, за изпълнение на проект „Чисти технологии за устойчива околна среда– води, отпадъци, енергия за кръгова

икономика“, BG05M2OP001-1.002-0019 – С 01.

Ректорът на Софийски университет „Св. К. О.“ е открил с Решение № РД 40-236 от 06.12.2019 г. (на л.179 и сл., т.І) „открита“ по вид процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „Св. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“ проект BG05M2OP001-1.002-0019, финансиран по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, включваща 17 (седемнадесет) обособени позиции. В раздел IV.2) Обект на поръчката, е записано: Доставки.

В раздел IV.3 – „ Описание на предмета на поръчката“ е записано, че обект на обществена поръчката е „доставка“ по смисъла на чл. 3, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Избраният изпълнител следва да осигури доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване и обучение на персонала за работа с него за нуждите на Проект BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, състояща се от 17 (седемнадесет) обособени позиции. Техническите и функционалните характеристики на апаратурата по всички позиции, както и изискванията към изпълнението на поръчката са подробно разписани в част II. Изисквания за изпълнение на поръчката. Технически Спецификации.

В раздел IV.3 от решението е посочено, че изпълнението на поръчката включва 3 етапа. Етапите по изпълнението на поръчката са следните: а) Доставката на апаратурата франко сградите на Факултета по химия и фармация, Физическия факултет, Геолого -географския факултет и Биологическия факултет на Софийски университет „Св. К. О.“; б) Монтаж и въвеждане в експлоатация на апаратурата от квалифициран персонал на избрания изпълнител и демонстриране на заявените параметри на Апаратурата; в) Обучение за работа с апаратурата. Приключването на всеки един от етапите ще се удостоверява с подписване на приемо-предавателен протокол от надлежни представители на изпълнителя и възложителя. Целта е с обществената поръчка, възложителят да избере изпълнител, който да доставя, монтира и въвежда в експлоатация лабораторно оборудване, както и да обучи специалисти за работа с него, описано в седемнадесет обособени позиции. Апаратите – обект на обществената поръчка са предвидени за реализация на целите на проект BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, финансиран по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г.

В раздел IV.5 на решението - „Информация относно средства от Европейския съюз“ е записано, че обществена поръчка се финансира по проект BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, финансиран по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г.

С решението за откриване са одобрени обявлението и документацията за участие (приложени по делото).

Така, Софийският университет „Св. К. О.“ е провел обществена поръчка – „открита“ процедура по реда на Закона за обществените поръчки, с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „Св. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти

технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, проект BG05M2OP001 –1.002–0019, финансиран от ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, включваща седемнадесет обособени позиции (ОП), за които сключил (чрез Ректора) договори с избрани изпълнители през 2020 г., както следва:

По ОП № 1: Договор № 80.09-159 / 28.08.2020г. с изпълнител ИНФОЛАБ ЕООД, на стойност 122 850 лв. без ДДС, съответно 147 420 лв. с ДДС;

По ОП № 2: Договор № 80.09-158 / 28.08.2020г., с изпълнител ИНФОЛАБ ЕООД, на стойност 423 500лв без ДДС, съответно 508 200 лв. с ДДС;

По ОП № 3: Договор № 80.09-92 / 15.06.2020г., с изпълнител БИОСИСТЕМИ ООД, на стойност 36 000лв. без ДДС, съответно 43 200 лв. с ДДС;

По ОП № 4: Договор № 80.09-79 / 05.06.2020г., с изпълнител ИМПЕРЕКС ЕООД, на стойност 85 000лв. без ДДС, съответно 102 000 лв. с ДДС;

По ОП № 5: Договор № 80.09-80 / 05.06.2020 г., с изпълнител ЛАБПРИМ ЕООД, на стойност 65 980 лв. без ДДС, съответно 79 176 лв. с ДДС;

По ОП № 6: Договор № 80.09-81 / 05.06.2020 г., с изпълнител ИМПЕРЕКС ЕООД, на стойност 66 300лв без ДДС, съответно 79 560 лв. с ДДС;

По ОП № 7: Договор № 80.09-78 / 05.06.2020 г., с изпълнител МЕТРОМ БЪЛГАРИЯ ЕООД, на стойност 91 000 лв. без ДДС, съответно 109200 лв. с ДДС;

По ОП № 8: Договор № 80.09-137 / 06.08.2020 г., с изпълнител ИНФОЛАБ ЕООД, на стойност 368 750 лв. без ДДС, съответно 442 500 лв. с ДДС;

По ОП № 9: Договор № 80.09-97 / 17.06.2020г., с изпълнител АСТЕЛ ЕООД, на стойност 90 880лв. без ДДС, съответно 109 056лв. с ДДС;

По ОП № 10: Договор № 80.09-98 /17.06.2020 г., с изпълнител И. К. ЕООД, на стойност 48 500лв. без ДДС, съответно 58 200 лв. с ДДС;

По ОП №11: Договор № 80.09-95 / 15.06.2020г., с изпълнител ЛАБИМЕКС АД, на стойност 12 380 лв. без ДДС, съответно 14 856 лв. с ДДС;

По ОП № 12: Договор № 80.09-93 / 15.06.2020г., с изпълнител РСР ЕООД, на стойност 154 250лв. без ДДС, съответно 185 100 лв. с ДДС;

По ОП № 14: Договор № 80.09-94 /15.06.2020 г., с изпълнител ЛАБЕКСПЕРТ ООД, на стойност 9 180 лв. без ДДС, съответно 11 016 лв. с ДДС;

По ОП № 15: Договор № 80.09-136 / 06.08.2020 г., с изпълнител ИНФОЛАБ ЕООД, на стойност 99 450 лв. без ДДС, съответно 119 340 лв. с ДДС;

По ОП № 16: Договор № 80.09-157 / 28.08.2020г., с изпълнител ИНФОЛАБ ЕООД, на стойност 263 500лв. без ДДС, съответно 316 200 лв. с ДДС;

По ОП № 17: Договор № 80.09-96 /15.06.2020 г., с изпълнител СПЕКТРОТЕХ ЕООД, на стойност 107 850 лв. без ДДС, съответно 129 420 лв. с ДДС.

При извършена проверка на обществената поръчка са констатирани нарушения при провеждането ѝ. На основание, чл. 73, ал.2 от ЗУСЕХСУ, с кореспонденция BG05M2OP001 –1.002-0019 –С 05-M259 от 18.01.2021г. в ИСУН 2020, Р. е изпратил писмо за стартиране на производство по определяне на финансова корекция, като подробно е изложил какви нарушения на приложимото право са констатирани – по отделни пунктове, давайки възможност на бенефициера– СУ„Св. К. О.“, да представи възражения по основателността и размера на финансовата корекция и да посочи доказателства. В резултат на изпратеното писмо за започване на производството по определяне на финансова корекция, на 29.01.2021г. чрез ИСУН 2020 бенефициерът е подал своите възражения и е приложил доказателства. Р. е

обсъдил доказателствата и възраженията, като част от последните е приел за основателни, а други – не.

В оспореното решение на ръководителя на УО на ОП НОИР 2014–2020 всъщност са възприети за извършени от жалбоподателя следните нарушения: 1) по чл. 59, ал. 2, изр. първо, във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП; 2) по чл. 59, ал. 2, изр. второ и трето ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП; 3) по чл. 107, т. 1, вр. с чл. 67, ал. 1 и чл. 112, ал.1, т.2, вр.чл. 2, ал.1, т. 1 и т.2 от ЗОП.

Относно нарушението на чл. 59, ал. 2, изр. първо, във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП :

Видно от обявлението и документацията по поръчката, с т. Ш.1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението възложителят е предвидил като критерий за подбор: „Участникът следва да е изпълнил общо за последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата поне 1 (една) дейност с предмет и обем, идентичен или сходен с този на настоящата поръчка по обособената позиция, за която подава оферта“. Възложителят е уточнил, че: „Под дейност и обем „идентични или сходни с предмета на поръчката“ следва да се разбира доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторна апаратура/оборудване на стойност, превишаваща или равна на прогнозната стойност на обособената позиция, за която подава офертата“.

В това отношение, издателят на оспорения административен акт е приел, че се касае за ограничителен критерий за подбор. Изложил е мотиви, че възложителят незаконосъобразно е смесил изисквания за технически възможности с финансови такива, поради което органът е приел въведения критерий за незаконосъобразен. Посочил е, че възложителят е дал различни дефиниции за „идентични или сходни дейности“ по отношение на икономическите и финансови възможности, от една страна, и техническите и професионални възможности, от друга, което би довело до объркване на потенциалните участници. Посочил е, че възложителят може да изисква от участника да е изпълнил дейност, идентична или сходна с предмета на поръчката, но без да ги обвързва със стойност, в конкретния случай - „превишаваща или равна“ на прогнозната стойност на предмета на съответната обособена позиция. Аргументирал се с чл. 59, ал. 2, изр. първо от ЗОП, съгласно която разпоредба възложителите могат да използват спрямо участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Позовал се на чл. 63, ал.1, т.1 от ЗОП, че възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Приел, че изискването за опит като критерий за подбор следва да е обвързано с изпълнени дейности „с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката“, съгласно разписаното с чл.63, ал.1, т.1 от ЗОП, но не и с тяхната стойност.

Органът е приел, че е допуснато нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. първо във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП. Р. е квалифицирал нарушението като 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 за посочване на нередности,

представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) - Наредбата - възложителят е определил критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален и местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка.

По договорите с изпълнителите за обособени позиции № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17, на основание т. 11 б.“а“ от Приложение 1 към Наредбата, Р. е определил финансова корекция 10% върху стойността на допустимите разходи, тъй като не е осигурено минимално ниво на конкуренция. По договорите с изпълнителите за ОП № 5, 7, 8,11,14 и 15 е определил финансова корекция 5% за нередност по т. 11, б. “б“ от Приложение 1 към чл. 2 ал.1 от Наредбата, тъй като е налице минимално ниво на конкуренция (получени две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор).

Относно нарушението по чл. 59, ал. 2, изр. второ и трето ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП :

Видно от т. III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението за откриване на обществената поръчка и документацията за същата , възложителят е въвел като критерий за подбор „ Участникът следва да разполага със сервизна база“, като това обстоятелство се удостоверява в раздел В: „Технически и професионални способности“ в Част IV: Критерии за подбор в ЕЕДОП, където следва да се посочи конкретен адрес на сервизната база. Поставеното изискване се доказва с документа по чл. 64, ал.1, т. 9 от ЗОП - Декларация, от която е видно, че участникът разполага със сервизна база“.

От горното се налага извод, че за да декларира изискуемата от възложителя и посочена по-горе информация за сервизната база, участникът следва да разполага с нея още към момента на подаване на офертата, за да може да посочи адреса ѝ.

В това отношение, издателят на административния акт е приел така формулираното изискване за незаконосъобразно, тъй като не е необходимо за установяване на възможността за изпълнение на поръчката, дава предимство и необосновано ограничава участието на лица в процедурата, като противоречи и на принципа за свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Прието е на първо място, че изискването за сервизна база изобщо не се явява определящо за осигуряване на качествено гаранционно и сервизно обслужване и изпълнение на поръчката. Именно поради това и възложителят е поставил (в техническите спецификации) изискване за срок (до 30 дни) за отстраняване на повредата от изпълнителя и за време за реакция (5 дни). В този смисъл и без да бъде поставян критерий за подбор на участниците към момента на подаване на офертата са разполагат със сервизна база, същите(след като бъдат избрани за изпълнители) биха могли да изпълнят качествено гаранционно обслужване, ако разполагат с обучен сервизен екип, с който могат да отговорят на минималното изискване на възложителя за време за реакция и срок за отстраняване на повредата. С така формулираното изискване възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници само такива, които към момента на кандидатстване разполагат с изискваната сервизна база, с което не дадена възможност

участие в процедурата да вземат икономически субекти, които към момента на кандидатстване не разполагат с такава сервизна база, но в случай, че бъдат избрани за изпълнители ще я осигурят. В този смисъл, за всеки един участник, който желае да участва в процедурата, ще е налице понасяне на административна тежест и на финансова такава, във връзка с осигуряването на изискуемата сервизна база (напр. за наем на сервизна база), без участникът да има яснота дали ще бъде избран за изпълнител или не. В същото време, ограничаването на участието не е обосновано и от гледна точка на завишен обществен интерес, какъвто е опазването на живота и здравето на гражданите, тъй като обект на доставка е обикновено лабораторно оборудване за лабораториите на университета, която техника не е свързана с особено важни обществени интереси, каквито биха били опазването на живота и здравето на гражданите.

Издателят на административният акт е приел, че възложителят е нарушил чл. 59, ал. 2, изр. второ и трето ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП, квалифицирал го е като нередност по т.11, б. „а“ от Приложение 1 към Наредбата и е определил финансова корекция 10 % върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите по ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17, тъй като не е осигурено минимално ниво на конкуренция. По договорите с изпълнителите за ОП № 5, 7, 8,11,14 и 15 е определил финансова корекция 5% за нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, т. к. е налице минимално ниво на конкуренция, т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Относно нарушението на чл. 107, т. 1, вр. с чл. 67, ал. 1 и чл. 112, ал.1, т.2, вр.чл. 2, ал.1,т. 1 и т.2 от ЗОП :

Съгласно т. III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението и документацията за участие, вече се посочи, е въведено изискване, участникът да е изпълнил общо за последните три години от датата на подаване на офертата поне една дейност с предмет и обем, идентичен или сходен с тази на предмета и обема на настоящата поръчка по обособената позиция, за която подава оферта и че: под дейност и обем „ идентични или сходни с предмета и обема на поръчката“ се разбира доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторна апаратура/оборудване на стойност превишаваща или равна на прогнозната на обособената позиция, за която участникът подава оферта“. Видно от документацията по поръчката прогнозната стойност по Обособена позиция № 11 в случая е 17 838 лв. без ДДС, а избраният за изпълнител участник „Лабимекс“ АД по тази обособена позиция е установено, че е декларирал в ЕЕДОП за последните три години от датата на подаване на офертата, само една изпълнена сходна доставка, а именно - Поръчка № 2865 от 22.02.2019г. за доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционна поддръжка на Ултразвуков процесор 750 W със заглушител и микросонда „VCX 750 Sonics § Materials I.“ на стойност 10 489лв. без ДДС. В документацията по поръчката - в приложения по делото списък за изпълнени доставки от 28.05.2020 г. на „Лабимекс“ АД не фигурира друга доставка, извън посочената такава на стойност 10 489 лв. без ДДС. Съгласно чл. 64, ал.1, т.2 от ЗОП за доказване на техническите и

професионалните способности на кандидатите или участниците, във връзка с поставените изисквания, представят списък на доставките или услугите, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с документи, които доказват извършената доставка или услуга. От документацията по поръчката се установява, че такива доказателства са представени единствено за визираната доставка на стойност 10 489 лв. Класираният на второ място по ОП №11 участник - „Фот“ ООД, е отговорял на поставения от възложителя критерий за подбор, като е декларирал една сходна доставка на стойност 33 340 лв. На това основание - несъответствие с поставения критерий за подбор, в частта изпълнена сходна доставка на стойност превишаваща или равна на прогнозната на обособената позиция, за която участникът подава оферта е отстранен участник- „Биопласт“ ЕООД, по ОП 4 и ОП 6.

В това отношение Р. е приел, че след като „Лабимекс“ АД е декларирало през последните три години само една изпълнена сходна доставка и то на стойност, по-ниска от прогнозната стойност на обособена позиция 11, то дружеството не отговаря на така поставения от възложителя критерий за подбор, поради което на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП е следвало да бъде отстранено от процедурата и с него не е следвало да се сключва договор. Органът е посочил, че класираният на второ място по ОП № 11 участник - „Фот“ ООД е отговорял на възложителя критерий за подбор, като е декларирал една сходна доставка на стойност 33 340 лв. УО е приел, че за изпълнител е следвало да бъде определен именно участникът „Фот“ ООД, а не да бъде избран за изпълнител участник, който не покрива заложените критерий за подбор, с което е допуснато нарушение на принципа на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Посочил е, че на това основание - несъответствие с поставения критерий за подбор (в частта изпълнена сходна доставка на стойност превишаваща или равна на прогнозната на обособената позиция, за която участникът подава оферта) е отстранен участникът „ Биопласт“ ЕООД по ОП 4 и ОП 6. В тази връзка е приел за нарушен и принципът на равнопоставеност, прокламиран в чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП, тъй като възложителят не е приложил критерият за подбор по еднакъв начин към всички участници в процедурата.

Поради гореизложеното органът е приел, че възложителят е допуснал нарушение на чл. 107, т. 1, вр. с чл. 67, ал. 1 и чл. 112, ал.1, т.2, вр.чл. 2, ал.1,т. 1 и т.2 от ЗОП, квалифицирал го е като нередност по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата и е определил финансова корекция от 25% върху стойността на допустимите разходи по сключения договор с този изпълнител („Лабимекс“ АД) за ОП № 11.

С оспорения административен акт ръководителят на УО на ОП „НОИР“, като съобразил чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, чл.72 ал.4 от ЗУСЕФСУ, определил на бенефициера (СУ“Св.К. О.“) финансова корекция (ФК), както следва: т.1.1. - 10% върху допустимите разходи по сключените договори с изпълнителите по ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17; т.1.2 - 5% върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите по ОП № 5, 7, 8,14 и 15; т.1.3. - 25% върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнителя за ОП №11.

Съгласно чл. 5, ал.3 от Наредбата максималната стойност на финансовата корекция е: по ОП № 1: 12 285 лв. без ДДС, съотв. 14 742 лв. с ДДС; по ОП № 2: 42 350 лв. без ДДС, съотв. 50 820 лв. с ДДС; по ОП № 3: 3600 лв. без ДДС, съотв. 4 320 лв. с ДДС; по ОП № 4: 8500 лв. без ДДС, съотв. 10200 лв. с ДДС; по ОП № 5: 3 299 лв. без ДДС, съотв. 3 958,80 лв. с ДДС; по ОП № 6 : 6 630 лв. без ДДС, съотв. 7 956 лв. с ДДС; по ОП № 7: 4 550 лв. без ДДС, съотв. 5 460 лв. с ДДС; по ОП № 8: 18 437,50 лв. без ДДС, съотв. 22 125 лв. с ДДС; по ОП № 9 : 9 088 лв. без ДДС, съотв. 10 905, 60 лв. с ДДС; по ОП № 10: 4 850 лв. без ДДС, съотв. 5 820 лв. с ДДС; по ОП № 11: 3 095 лв. без ДДС, съотв. 3 714 лв. с ДДС; по ОП № 12: 15 425 лв. без ДДС, съотв. 18 510 лв. с ДДС; по ОП № 14: 459 лв. без ДДС, съотв. 550, 80 лв. с ДДС; по ОП № 15: 4 972, 50 лв. без ДДС, съотв. 5 967 лв. с ДДС; по ОП № 16: 26 350 лв. без ДДС, съотв. 31 620 лв. с ДДС; по ОП № 17: 10 785 лв. без ДДС, съотв. 12 942 с ДДС.

При първоначалното разглеждане на делото са приети като доказателства документите, описани в решението на АССГ, съставляващи административната преписка, и представените допълнителни такива с молба на ответника от 09.07.2021г. – разпечатки на сертификати за валидност на електронни подписи. При настоящото разглеждане на делото е представен ТД № 12- 24/01.03. 2022г., който е във връзка с представеното пълномощно от ответника.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) , че подлежи на обжалване пред съд. Жалбата е депозирана в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

РАЗГЛЕДАНА ПО СЪЩЕСТВО ЖАЛБАТА Е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Настоящата инстанция намира за необходимо да стори предварително уточнението, че на 01.07.2022 г. в Държавен вестник (ДВ), бр. 51 от същата дата, е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИДЗУСЕСИФ). Съгласно § 73 от същия, законът влиза в сила от деня на обнародването му в ДВ. С §1 ЗИДЗУСЕСИФ се изменя наименованието на закона на ЗУСЕФСУ. Доколкото обаче съответствието на индивидуалните административни актове, какъвто е и процесното решение на Р., с материалния закон се преценява към момента на издаването им (арг.от чл. 142, ал. 1 АПК), приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Оспореното решение е индивидуален административен акт, съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕФСУ и е издадено от компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ 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 ЗУСЕФСУ – „Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията

или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице“. Съгласно чл. 6, т.1 от Устройствения правилник на изпълнителната агенция ръководител на управляващия орган на ОП НОИР е изпълнителният й директор. Съгласно Заповед № РД 12 – 251 от 30.10.2017 г. на министъра на образованието и науката - л.25, т.1 (от номерацията на адм.д. 2654/21г. на АССГ) на тази длъжност е назначен издателят на оспорения акт. Поради което оспореното решение е издадено от компетентен орган в кръга на правомощията му.

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция 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 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Така установената процедура е била спазена. Решението е издадено в предвидената в чл. 59, ал. 2 АПК писмена форма. Съдържа фактически и правни основания за издаването му съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения и такива са депозирани. Подадените възражения и представените доказателства са обсъдени от Р.. В хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно 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 на следните основания – „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.

Съгласно чл. 143, т.1 от Регламент № 1303/2013 държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите, за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, т.2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите-членки изисква доказването на нередността.

Според дефиницията в чл. 2, т. 36 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, „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. Съгласно чл. 2 т 37 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 - „Икономически оператор“ означава 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., като приложима е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции (в приложимата редакция, ДВ бр.19 от 6.03.2020 г.) – Наредбата. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, със същата 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 фондове и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от закона. Съгласно чл. 2. ал. 1 от Наредбата, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана, оценяване на предложения и избор на изпълнител, изпълнение на сключения договор.

Дефиницията за нередност, въведена с чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на „икономически оператор“, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

По делото е безспорно установено, че първият елемент на определението е налице – СУ „Св. К. О.“ има качеството на икономически оператор (субект)

по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, понеже участва в изпълнението на помощта от средствата от европейските фондове. В качеството си на икономически субект, като страна (бенефициер) по договора за безвъзмездна финансова помощ СУ „Св. К. О.“ е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от европейските фондове. Доводите в жалбата, които отричат това качество на СУ „Св. К. О.“, са неоснователни.

Съдът следва да съобрази, дали са налице останалите елементи на определението за нередност, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна, а именно да извърши проверка, дали възложителят е реализирал сочените от УО на ОП НОИР нарушения и в случай, че са извършени такива – дали това има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза.

Също така е необходимо да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи.

Относно нарушението по чл. 59, ал. 2, изр. първо, във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП:

Видно е, че с т. III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението и документацията за участие възложителят е предвидил като критерий за подбор: „Участникът следва да е изпълнил общо за последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата поне 1 (една) дейност с предмет и обем, идентичен или сходен с този на настоящата поръчка по обособената позиция, за която подава офертата. Под дейност и обем „идентични или сходни с предмета на поръчката“ следва да се разбира доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторна апаратура/оборудване на стойност, превишаваща или равна на прогнозната стойност на обособената позиция, за която подава офертата“.

Според чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагане на обществените поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия и 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. На свой ред, чл. 59, ал. 2 изр. 1 от ЗОП налага възложителите да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката.

По силата на чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката.

Т.е. посочените в цитираната норма на чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП критерии за подбор следва да служат на възложителя за това, същият да установи дали участниците в процедурата разполагат с човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката.

В случая предметът на обществената поръчка е „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „С. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, а поставеният критерий за подбор за установяване на „Технически и професионални възможности“ на участниците следва да е обвързан с „изпълнени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката“, а не и с тяхната стойност.

От прочита на чл. 63, ал.1, т.1 от ЗОП е видно, че изискването за опит, визирано от законодателя като възможен критерий за подбор, следва да бъде обвързано с изпълнение на дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, а не и с тяхната стойност. В случая, така формулираният от възложителя критерий по т.ІІІ.1.3 „Технически и професионални възможности“ (касателно изискването за стойност, превишаваща или равна на прогнозната стойност на обособената позиция) не постига целта, за която е заложен по чл. 59, ал.2, изр. 1 от ЗОП, а именно да установи възможностите на участниците да изпълнят поръчката.

Конкретният критерий за подбор, съгласно документацията по поръчката, е заложен с оглед установяването на техническите и професионалните възможности на участниците. Същият противоречи на чл. 59, ал. 2 изр.1 от ЗОП, вр. чл. 63, ал.1, т.1 от ЗОП и необосновано ограничава участието на лицата в процедурата по ЗОП, тъй като за установяване на опита на участниците за изпълнение на поръчката не е от значение на каква точно цена е изпълнената дейност. В този смисъл е недопустимо изискванията за технически и професионални способности да се свързват с определени финансови измерения. Стойността не е обективен измерител на обема на извършени дейности, в контекста на преценката за технически и професионални способности, тъй като една и съща по обем (обхват) дейност поначало може да бъде извършена при различна цена (стойност). Стойността е въпрос на постигната договорка между изпълнителя и възложителя, а не е обективен измерител на самата извършена дейност. Понеже стойността на извършените от потенциален участник сходни или идентични дейности е функция на различни фактори, то тя сама по себе си не доказва обема на извършените дейности, който в конкретния случай е релевантен за преценката на бенефициера за техническите и професионални способности на участниците.

Поради гореизложеното е правилен изводът на Р. за наличие на нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. първо, във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП. В противоречие с принципите за равнопоставеност и свободна конкуренция, необосновано е ограничено участието на потенциални кандидати, които обективно биха могли да изпълнят предмета на поръчката, доколкото са придобили предходен опит в идентични или сходни дейности по смисъла на чл. 63, ал. 1, т. 1 ЗОП, но не отговарят на изискването тези дейности да са на цена, равна или превишаваща прогнозната стойност на съответната позиция.

Налице е и вреда, като в това отношение Съдът съобрази дефиницията по чл. 2, т. 36 на Регламент № 1303/2013, съгласно която нередност може да

съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. За случаите на нередности по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ (загл. изм.), попадащи в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности, на нормативно ниво е прието, че не е възможно да бъде определено количествено изражение на финансовите последици, т. е. не може да се установи размерът на реалните финансови последици върху изразходваните средства - допустимите разходи. Поради това и в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ органът е определил процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Това означава, че законодателят е приел наличието на възможност за вреда на бюджета на Съюза, когато са извършени визираните в Приложението към Наредбата нарушения, без да е необходимо за всяко нарушение да се установява точното количествено изражение на финансовите последици. Настоящата инстанция счита, че в конкретния случай е налице потенциална възможност за нанасяне на вреда на бюджета на Съюза. В случая доказаното нарушение би могло да има финансово отражение, защото е пряко свързано с възможностите за участие и на други лица.

Допуснатото нарушение съставлява нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Нередността съответства на 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 за посочване на нередности - възложителят е определил критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален и местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка.

Както се посочи, налице е финансовото отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на ЕС, тъй като е налице необосновано ограничаване на конкуренцията в процедурата, в която е можело да участват други икономически субекти, които да представят оферти с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката. Р. не е можел да установи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ и в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ е приложил пропорционалния метод. В решението си Р. е изложил ясни и конкретни съображения за избрания процентен показател. Правилно е определена основата за наложената корекция, формирана спрямо стойността на допустимите разходи по засегнатите договори, в какъвто смисъл е изричното предписание на чл. 71, ал. 1 ЗУСЕСИФ.

Поради всичко изложено Съдът намира, че органът правилно е приел наличие на нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 1, във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП, квалифицирал го е като нередност и е определил финансова корекция 10% върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите за ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9, 10, 12, 16 и 17, на основание т. 11 ,б. „а“ от Приложение 1 на Наредбата, тъй като не е осигурено минимално ниво на конкуренция. Коректно е приложил по-ниският

процентен показател 5% върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите за ОП № 5, 7, 8,11,14 и 15, на основание т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата, т. к. е налице е минимално ниво на конкуренция (т. е. получени две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор).

Относно нарушението на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 от ЗОП, вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП:

В оперативната самостоятелност на възложителя е да определи онези критерии за подбор, които счита, че най-пълно биха гарантирали качествено изпълнение на предмета на поръчката. Тази негова оперативна свобода не е неограничена. Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗОП възложителят няма право да ограничава конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка и които не са съобразени с нейния предмет, стойност, сложност, количество или обем. С оглед на това границите на неговата оперативна самостоятелност при определяне на критериите за подбор са от една страна, определени в чл. 59, ал. 1 ЗОП като сфера, до която се отнасят, а от друга - в чл. 59, ал. 2 ЗОП, като съдържание с оглед на изискването да бъдат ограничени до тези, които са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката при съобразяване с нейния предмет, стойност, обем и сложност.

Следователно, преценката за законосъобразност на критериите за подбор, а с оглед на това и за наличието на нарушение, следва да бъде направена при отчитане на тези изисквания за упражняване на правото на възложителя да определи критерии за подбор, които да му гарантират в най-пълна степен искания начин на изпълнение на поръчката.

Съгласно разпоредбата на чл. 59, ал. 2 ЗОП, възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. 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 случая, част от предмета на процесната обществена поръчка е и гаранционното и сервизно обслужване на лабораторната апаратура. В техническите спецификации по т.1.7, т.1.8, от документацията на поръчката е записано задължението на изпълнителя в рамките на гаранционния срок да отстранява със свои сили и средства всички несъответствия на апаратурата, съответно да подменя дефектирали части и/ или компоненти, да отстранява заявените възникнали повреди в срок до 30 дни, като времето за реакция следва да бъде не - по- дълго от 5 дни. Утвърдената по процесната обществена поръчка документация съдържа проект на договора, който ще бъде сключен с избрания за изпълнител участник, като в чл.10, т.1.4 от договора е записано, че изпълнителят се задължава да отстрани настъпила повреда в срок от 30 дни или по- кратък, а при невъзможност- осигурява на възложителя обратна апаратура, която се задължава да монтира и въведе в

експлоатация, от същия или подобен клас. В чл.10, т.1.3 от проекта на договора за обществена поръчка е формулирано задължение на изпълнителя да изпрати свои квалифицирани представители на място за констатиране и идентифициране на повредата в срок до 5 (пет) дни. В този смисъл при визираните задължения на изпълнителя наличието на сервизна база само по себе си не гарантира изпълнение на предмета на поръчката. Това, което всъщност гарантира изпълнението на поръчката е спазването от изпълнителя на ангажимента за реакция в определения срок, задълженията му за поемането на всички разходи по гаранционното обслужване, за наличието на квалифицирани експерти, които да установят на място повредата и отстранят.

Чрез процесното изискване възложителят от една страна е предопределил кръга на потенциалните участници - само такива, които към момента на кандидатстване разполагат с изискваната сервизна база, с което не е дал възможност да вземат участие в процедурата участници, които към момента на кандидатстване не разполагат с такъв сервиз, но в случай, че бъдат избрани за изпълнители, ще го осигурят. В случая, с въвеждане на кумулативно изискване за индивидуализиране на сервиза чрез посочване в ЕЕДОП на точния адрес, възложителят е дереогирал възможността за представяне на информацията на по-късен етап (при сключване на договора) и е поставил изискване участниците да разполагат с конкретен сервиз още към датата на подаване на оферта. По този начин, за всеки един участник, който желае да участва в процедурата, ще е налице понасяне на административна и финансова тежест, без да има яснота дали ще бъде избран за изпълнител (в такъв смисъл: Решение № 1622/ 14.02.2023 г. по адм. дело № 8797 / 2022 г. на ВАС- Седмо отделение). Респ. формулираното изискване за сервизна база не е необходимо за установяване на възможността за изпълнение на поръчката, необосновано ограничава участието на лица в процедурата, противоречи на принципа за свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Следва да се добави, че дейността по предоставяне на гаранционно обслужване, потенциално изискваща наличието на сервиз със сигурност няма да се осъществи на етап кандидатстване, а след това - след избора на изпълнител и то след като първата дейност от обхвата на предмета на поръчката - доставката, е вече извършена, то наложително би могло да бъде единствено удостоверяване на бъдещата ангажираност на участника по отношение гаранционното обслужване. Разполагането със сервизна база към датата на подаването на офертите по никакъв начин не е определяща за възможността на участника да изпълни задълженията си по договора след това. Защото е напълно възможно на този предварителен етап кандидатите да имат на разположение изискваната сервизна база, а когато това на практика се явява необходимо – вече да не разполагат с такава.

Налице е третият елемент от фактическия състав на нередността, изискващ нередността „да има или да би имала“ като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза. Видно от дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. В случая бенефициерът е допуснал нарушение, за което, с оглед на характера

му и при прилагане на теста на Съда на Европейския съюз за преценка на третия елемент на фактическия състав на нередността (вредата) – не може да се изключи възможността да има отражение върху бюджета на Съюза (решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU: C: 2016: 562), което прави доказан фактическият състав на нередността. В случая не може да се изключи възможността допуснатото нарушение обективно да е ограничило възможността за участие в обществената поръчка на лица, които принципно са годни да изпълнят поръчката. В това отношение в оспореното решение Р. е изложил подробни мотиви във връзка с поставените от възложителя ограничителни условия. Поради характера на нарушението е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата, както е посочил и Р.. Обективно не би могло да се установи, колко други лица биха участвали в обществената поръчка и биха предложили съответни оферти, както и каква би била най-добрата предложена оферта. За случаи като настоящия, когато финансовото изражение на нередността (нарушението) не може да бъде точно определено законодателят е допуснал прилагането на пропорционалния метод за определяне на размера на вредата – чл. 5, ал. 1 от Наредбата, чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ(загл.изм.).

Поради изложеното са неоснователни доводите на жалбоподателя, а Р. правилно е приел наличието на извършено нарушение по чл. 59, ал. 2, изр. второ и трето, вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП, квалифицирал го е като нередност и е определил финансова корекция 10 % върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите по ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17, на основание т. 11, б „а“ от Приложение 1 към Наредбата (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), т.к. не е осигурено минимално ниво на конкуренция. По договорите с изпълнителите за ОП № 5, 7, 8,11,14 и 15 Р. е определил финансова корекция 5% за нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, т. к. е налице минимално ниво на конкуренция , т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор (изискването е ограничително, а не дискриминационно, като е налице нередност по т. 11, "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности; т. 11 е за ограничителни критерии, независимо, че в б. "б" е употребен изрази "дискриминационни критерии").

Относно нарушението на чл. 107, т.1 от ЗОП вр. с чл. 67, ал. 1 от ЗОП и чл. 112, ал. 1, т.2 от ЗОП, вр. с чл. 2, ал.1, т. 1 и т. 2 от ЗОП Съдът споделя изводите на Р..

Съгласно чл.107, т.1 от ЗОП, освен на основанията по чл.54 и чл.55 от ЗОП, възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор. По силата на чл. 67, ал. 1 от ЗОП чрез единния европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП), който представлява унифицирана за Европейския съюз форма, участникът в обществената поръчка декларира липсата на основания за отстраняване и съответствие с критериите за подбор към датата на подаване на офертата. В

случая е доказано, че в подадената от участника "Лабимекс" АД документация за участие е деклариран в ЕЕДОП за последните 3 години от датата на подаване на офертата една изпълнена доставка. Съгласно чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП при сключване на договора, избраният за изпълнител следва да представи документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор. Видно от документацията по поръчката, от "Лабимекс" АД е представен списък с изпълнена една доставка, като са представени като доказателства –клиентска поръчка и приемо –предавателен протокол, от които се установява, че стойността на извършената доставка не отговаря на поставения критерий за подбор, поради което възложителят е следвало да отстрани участника от по – нататъшно участие в процедурата. Съгласно чл. 107, т. 1 от ЗОП възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията. Следователно, в случая е било налице основание за отстраняване заради несъответствие, но вместо това този участник е определен за изпълнител и със същия е сключен договор, макар неговото предложение да не отговаря на предварително зададените от възложителя критерии. Допускането на участник, който не отговаря на критериите, поставени от възложителя за избирането му за изпълнител, представлява нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП, както е приел Р.. Поради това правилно органът е определил в оспореното решение, че са налице нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 107, т. 1 ЗОП.

Вярно е и становището на Р., че е налице и третият елемент от фактическия състав на нередността, изискващ нередността „да има или да би имала“ като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза. Практиката на Върховния административен съд и на СЕС е категорична, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, както е и в случая, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Поради естеството на нарушението не може да даде реално количествено изражение на финансовите последици, понеже чрез неправилното приложение на критерия за избор, който не отговаря на изискванията на възложителя, избраният за изпълнител е поставен в привилегировано положение спрямо останалите участници. В такъв случай, съгласно чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ и Наредбата за посочване на нередност, се определя процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи.

Органът законосъобразно е подвел нарушението като нередност по т. 14 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като за изпълнител е определен участник, който не отговаря на поставените от възложителя критерии за подбор. Т. 14 от Приложение 1 към Наредбата гласи: „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата“, в резултат на което „е

определен за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор...“. Към релевантния момент за нередността по т. 14 финансовата корекция е в размер на 25%. По отношение договора с “Лабимекс” АД за ОП 11, засегнат от нередността по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата Р. е определил финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи. Ето защо съдът намира, че правилно е определен, както размера на финансовата корекция, така и основата ѝ.

Съгласно разпоредбата на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, когато са установени две или повече нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ се определя една финансова корекция за всички нередности, които засягат един и същ допустим разход. Размерът на дължимата от бенефициера финансова корекция е равен на размера на най-високия процентен показател, приложен за определяне на размера на финансовата корекция за всяка от нередностите, установени с акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Т.е. процентът на финансовата корекция не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което, в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ се определя обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент. С тези принципни положения Р. се е съобразил, като оспорения административен акт е определил финансова корекция, както следва: т.1.1. - 10% върху допустимите разходи по сключените договори с изпълнителите по ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17; т.1.2 - 5% върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите по ОП № 5, 7, 8,14 и 15; т.1.3. - 25% върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнителя за ОП №11.

При този изход на спора, ответникът има право на юрисконсултско възнаграждение за процесуално представителство по делото, които съдът определя в размер на лева, на осн. чл.143 ал.3 от АПК, във вр. чл.24 от Наредбата за заплащане на правната помощ общо за сумата общо 360 лева (по 120 лв. за предходното разглеждане на делото от АССГ и ВАС и настоящото ново разглеждане), както и 30 лева за внесена ДТ, или всичко 390 лева разности по производството.

За пълнота, в принципен план, следва да се посочи, че ако се установи липса на нередност за едно от посочените в акта нарушения, а по отношение на друго се установи, че е налице нередност, то това е само едно от нарушенията, посочени в мотивите на акта за определяне на финансовата корекция. То не е част от неговата разпоредителна част, не поражда самостоятелно правни последици, не съставлява само по себе си отделен предмет, годен за обжалване, и следователно не подлежи на самостоятелна отмяна. В настоящия случай не е налице такава хипотеза (липса на нередност за някое от нарушенията), но горното се маркира в принципен план, а и доколкото не е било съобразено от АССГ при предходното разглеждане на делото, приключило с отменено от ВАС решение.

По-горе с настоящото решение бе даден отговор на доводите и възраженията на жалбоподателя. Съдът ще изложи и допълнителни съображения:

Жалбоподателят твърди, че мотивите на оспореното решение на Р. не

съдържали установени съобразно административнопроизводствените правила фактически основания за издаването му, а представлявали абстрактно тълкуване на няколко изречения от раздел III.1.3 от обявлението. Тези доводи са неоснователни. Действително, оспореното решение на Р. е индивидуален административен акт и същото следва да отговаря на изискванията за форма и съдържание. Съгласно чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК, административният акт следва да съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Т. е., в закона е въведено императивно изискване за мотивиране на административните актове. Мотивите на административния акт представляват единство от фактическите и правни основания за издаването му и тяхното наличие позволява на адресата на акта да разбере волята на административния орган и да защити адекватно правата и интересите си. Мотивите имат съществено значение и при осъществявания съдебен контрол за законосъобразност, а липсата им възпрепятства този контрол и представлява самостоятелно основание за отмяна на административния акт. В случая не е налице претендираната от жалбоподателя липса на мотиви, напротив – Р. детайлно е изложил фактическите и правни съображения – мотивите за издаване на акта, в т.ч. кои точно разпоредби на ЗОП са нарушени и фактически с каква конкретна деятелност, както подробно е разгледал всички елементи на „нередността“ по чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, в това число вредата, както е изложил коректни съображения за определяне размера на финансовата корекция, при съобразяване с разпоредбите на ЗУСЕФСУ и Наредбата за посочване на нередности.

В жалбата се сочи още, че възложител на обществената поръчка е Ректорът, съгласно чл. 5, ал. 2, т. 14 ЗОП. Поради това бенефициерът, а именно СУ „Св. К. О.“, не бил извършил нито една от нередностите, за които са му наложени финансови корекции. В този смисъл се оспорва становището на Р., че адресат на акта следва да е бенефициерът. Оттам се прави и изводът, че оспореното решение на Р. нарушавало материалния закон, според записаното в жалбата.

Тези доводи са неоснователни, т.к. адресат на акта може да бъде единствено бенефициерът по договора за безвъзмездна финансова помощ. Няма спор, че именно СУ „Св. К. О.“, е бенефициер по смисъла на чл. 2 т.10 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 по административен договор с рег. № BG05M2OP001 –1.002-0019 – С 01 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“, поради което същият е отговорен пред УО на ОП НОИР за изпълнението на проекта, и поради това университетът е и адресат на индивидуалния административен акт – на оспореното решение за определяне на финансова корекция. Бенефициерът е този, който отчита изразходваните средства по проекта и представя на УО съответните отчетни документи, подава искания за плащания и получава средствата по БФП. Правоотношенията по договора за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ във връзка с усвояване на БФП по проекта и отговорността за законосъобразното им разходване са между бенефициера и Р., първият от които отговаря пред органа за изпълнение на проекта съгласно поетите ангажименти и приложимите норми. Възможно е дори възложител на

поръчката да бъде друга организация, например някой от партньорите по проекта, като това няма да бъде основание за промяна адреса на акта. И в този случай отговорността е за бенефициера за поетото от него лично задължение за спазване на приложимото право при прилагане на безвъзмездната помощ. Така, в Решение № 3501/ 17.03.2021 г. по адм. дело № 103/2021г. на ВАС се сочи: „...Досежно спора, в хипотеза на действие по възлагане на обществена поръчка от партньор на бенефициера... на валидно правно основание съдържащо се в чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ ли е наложената на бенефициера финансова корекция за нередност, осъществена чрез действие на партньора, касационният състав дава положителен отговор на този въпрос, като не споделя мотивите на първоинстанционния съд в обратна насока.... Отговорен за изпълнението на проекта е бенефициерът, без значение, че при разходването на средствата по проекта участие вземат и партньорите му. С оглед на това, за целите на договора за безвъзмездна помощ получател на помощта, а с оглед на това и отговорен за нейното законосъобразно прилагане, е именно училището-бенефициер... В случая отговорността не е за партньора...“. Така и в решение 2884/ 04.03.2021 г. по адм. дело № 9264/2020 г. на ВАС се казва:“ ... От доказателствата по делото е безспорно, че касаторът има качеството на бенефициер по смисъла на член 2, точка 10 от Регламент №1303/2013. Именно той е наименуван в договора за безвъзмездна финансова помощ „бенефициер“ ... Фактът, че действията, обосноваващи нарушението на правото, а с оглед на това и нередностите, са осъществени от партньора не води до извод за липса на отговорност от касатора за спазването на приложимото право при прилагане на предоставената на него безвъзмездна финансова помощ....“.

Некоректно е позоваването с жалбата на решение на ВАС, с което е оставено в сила решение на Комисията за защита на конкуренцията. С решението на ВАС не са разглеждани конкретно установените от Р. нарушения на ЗОП по оспореното по настоящото дело решение за ФК.

Неоснователно е и възражението за отсъствие на един от кумулативните елементи на нередността, а именно нанесена вреда на общностния бюджет, изтъкнато в жалбата и в хода на устните състезания. Съгласно чл. 2, ал. 1 ЗУСЕФСУ средствата от ЕСИФ се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициента и при осигуряването на публичност и прозрачност. За изпълнението на договорите, по които са предоставени тези средства, законът препраща и към правилата на Закона за обществените поръчки. Спазването на нормативно определените изисквания в различните процедури е гаранция за правилно разходване на тези публични средства, а за тяхното нарушаване ЗУСЕФСУ предвижда производство по определяне на финансови корекции като възможност за защита на средствата от европейските фондове. Неспазването на правилата за обществените поръчки представлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността това неправомерно поведение да има отражение върху бюджета на общностния фонд. Регламент (ЕС) № 1303/2013, като общоприложим, задължителен в

своята цялост и пряко приложим, дава легална дефиниция на нередността - всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има „или би имало“ като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза изискват единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 е трайно установено в националната съдебна практика и в тази на СЕС. В това отношение, според практиката на СЕС, неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд – решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU: C: 2016: 562. Водим от горното и на осн.чл.172 ал.2 предл. последно от АПК, Административен съд София - град, III отделение, 81 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ оспорването по жалбата на Софийски университет „Св.К. О.“ БУЛСТАТ[ЕИК] – [населено място], [улица], представлявано от ректора проф. д.н. А. Г., чрез адв.З. О., срещу Решение № 0401-17/25.02.21 г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“ , с което е определена финансова корекция на жалбоподателя: по т.1.1. – 10% върху допустимите разходи по сключените договори с изпълнителите по ОП № 1, 2, 3, 4, 6, 9,10,12,16 и 17; по т.1.2 - 5% върху стойността на допустимите разходи по договорите с изпълнителите по ОП № 5, 7, 8,14 и 15; по т.1.3. –25% върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнителя за ОП №11. ОСЪЖДА Софийски университет „Св.К. О.“ БУЛСТАТ[ЕИК] – [населено място], [улица], представлявано от ректора проф. д.н. А. Г., да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за Образование“- [населено място] (изпълняваща функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 - 2020 г.) сумата от 390 лева за разноски по делото. РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България, в 14-дневен срок от съобщението.

СЪДИЯ: