

РЕШЕНИЕ

№ 3905

гр. София, 13.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 10 състав,
в публично заседание на 27.04.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мариета Райкова

при участието на секретаря Евгения Стоичкова и при участието на прокурора Тони Петрова, като разгледа дело номер **909** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата на Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Институт по механика – БАН /ИМЕХ – БАН/, с адрес [населено място], [улица] бл. №4, представляван от проф. Е. М. /директор/ и Институт по металознание, съоръжения и технологии с център по хидро – и аеродинамика „Акад. А. Балевски“ – БАН, с адрес: [населено място], [улица], представляван от проф. И. К. /директор/ срещу Решение № 09-116/11.01.2023г. на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” (ОП НОИР) и изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № РД-09-219 от 12.11.2021 г., сключен с изпълнител „Марвел“ ООД, на стойност 13 950,00 лв. без ДДС или 16 740,00 лв. с ДДС, в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на допълнително оборудване ZWICK сервохидравлична изпитваща машина НА 250 KN с високотемпературна пещ /1000 градуса С/ с температурна камера и принадлежност – силомерна клетка 5 kN за нуждите на Институт по механика – БАН и Институт по металознание, съоръжения, технологии с център по хидро – и аеродинамика „Акад. А. Балевски“ БАН“, финансиран чрез Оперативна програма

„Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“; На основание чл. 5, ал. 3 от Наредба за посочване на нередности максималната стойност на финансовата корекция е 4 185,00 лв., като на основание чл. 72, ал. 3, изр. второ от ЗУСЕФСУ определеният процентен показател ще се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по Договор № РД – 09-219/12.11.2021г., сключен с „Марвел“ ООД. Решението се счита за първа писмена оценка по чл. 14, ал. 1 от Наредба за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173/13.07.2016г.

В жалбата се излагат съображения, че оспореното решение е незаконосъобразно и необосновано, постановено в противоречие с действащата нормативна уредба и действителното правно и фактическо положение. Счита се, че не е налице незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка тъй като не е възможно да бъде изменян без наличието на воля на страните в тази насока; договърът е формален и писмената му форма е условие за действителност, като всяко изменение също следва да бъде в писмена форма като условие за действителност, а в случая не е налице такова допълнително споразумение между страните, откъдето следва, че не са налице предпоставките на чл.112,ал.1 и чл.116 от ЗОП. На следващо място се твърди, че не може да се определя като съществено изменение на договора промяната при договори с ниски стойности и изменението е под 10 на сто от първоначалната стойност на договора; промяната на последователността на плащане не засяга характера на поръчката. Сочи се, че административният орган не е представил аргументи и доказателства, че с промяната на последователността на плащането се изпълняват условията на т. 1 и т. 2 от чл 116, ал. 5 от ЗОП, така и по какъв начин се променя съществено характера на първоначално сключения договор или се засяга предмета или обема на договора.

Оспорва се констатацията на УО относно намереното за ограничаващо поради крайно завишен срок изискване всеки участник да декларира, че ще предостави възможност за квалифициран сервиз на доставената апаратура минимум 10г. след доставка. Жалбоподателите считат, че изискването за извънгаранционен сервиз е предмет на оперативна самостоятелност на възложителя. Изтъкват, че не е налице финансово изражение по отношение на декларирането на възможност за извънгаранционно обслужване по договора, поради което не се ограничава кръгът на потенциални участници. В заключение се сочи, че в решението не се съдържат обосновани твърдения и доказателства за извършено нарушение. Моли се за неговата отмяна.

В съдебно заседание процесуалният представител на жалбоподателя Институт по металознание, съоръжения и технологии с център по хидро – и аеродинамика „Акад. А. Балеvски“ – БАН поддържа жалбата с релевираните в нея доводи. В представените писмени бележки се доразвиват изтъкнатите с първоначално подадената жалба съображения. Претендира се присъждане на разноски за държавна такса и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът по жалбата чрез юрк. И. моли същата да бъде отхвърлена като недоказана и поддържа мотивите на оспорваното решение. В представено писмено становище се спира подробно на констатираните с процесното решение на РУО нарушения по чл. 116, ал. 1, т. 7 във вр. с чк. 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 от ЗОП и на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. ж от ППЗОП във вр. с чл. 2, ал.1, т.1 и т. 2 от ЗОП, като счита наведените доводи и оплаквания в жалбата за неоснователни, а процесното решение за

законосъобразен индивидуален административен акт. Моли съда да потвърди решението. Претендира присъждане на разноски, алтернативно прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Софийска градска прокуратура счита жалбата за неоснователна.

Административен съд София- град, като се запозна със становището на страните и наличните по делото доказателства, намира следното от фактическа страна:

Жалбоподателите- Институт по механика към Българска академия на науките- БАН и Институт по металознание, съоръжения и технологии с Център по хидро и аеродинамика „Акад. А.Балевски“ - БАН, са бенефициенти по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0008-C01/28.02.2018г. по оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.001-0008 "Изграждане и развитие на Центрове за върхови постижения“ /л.118/.

Съгласно Споразумение за съвместно възлагане на обществена поръчка от 27.09.2019г. между Институт по механика при БАН и Институт по металознание, съоръжения и технологии с Център по хидро и аеродинамика „Акад. А.Балевски“ – БАН е проведена обществена поръчка с предмет „Доставка на допълнително оборудване ZWICK сервохидравлична изпитваща машина HA 250 kN с високотемпературна пещ /1000 градуса С/ с температурна камера и принадлежност – силомерна клетка 5 kN за нуждите на Институт по механика – БАН и Институт по металознание, съоръжения, технологии с център по хидро – и аеродинамика „Акад. А. Балевски“ БАН“, финансиран проект BG05M2OP001-1.001-0008 “Национален център по мехатроника и чисти технологии“ /л.78/.

На 12.11.2021г. между Институт по механика при БАН и Институт по металознание, съоръжения и технологии с Център по хидро и аеродинамика „Акад. А.Балевски“ – БАН и класираният на първо място участник - „Марвел“ ООД е сключен договор РД – 09-219/12.11.2021г. за „Доставка на допълнително оборудване на ZWICK сервохидравлична изпитваща машина HA 250 kN с високотемпературна пещ /1000 градуса С/ с температурна камера и принадлежност – силомерна клетка 5 kN за нуждите на Институт по механика – БАН и Институт по металознание, съоръжения, технологии с център по хидро – и аеродинамика „Акад. А. Балевски“ БАН“, финансиран проект BG05M2OP001-1.001-0008 “Национален център по мехатроника и чисти технологии“ с цена на договора 13 950.00 лв. без ДДС, а с ДДС 16 740.00 лв. /л.89/

Във връзка с писмо за стартиране на производство по определяне на финансова корекция изх. № 91-21/02.11.2022г. на УО, изпратено чрез ИСУН 2020 (кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.001-0008-C03-M646 от 02.11.2022г.- л.44 и л.51), бенефициентът Институт по механика-БАН на 16.11.2022г. е подал възражение в ИСУН 2020, с кореспонденция № BG05M2OP001-1.001-0008-C03-M649, като преди това на 11.11.2022г. е подал възражение и в деловодството на ИА „Програма за образование“, с което е изразил несъгласие с описаната констатация и с основателността, и размера на предложената финансова корекция /л.53/.

С Решение № 09-116/11.01.2023г. на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020 (ОП НОИР) и Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна

финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № РД-09-219 от 12.11.2021 г., сключен с изпълнител „Марвел“ ООД, на стойност 13 950,00 лв. без ДДС, или 16 740,00 лв. с ДДС, в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на допълнително оборудване на ZWICK сервохидравлична изпитваща машина НА 250 kN с високотемпературна пещ /1000 градуса С/ с температурна камера и принадлежност – силомерна клетка 5 kN за нуждите на Институт по механика – БАН и Институт по металознание, съоръжения, технологии с център по хидро – и аеродинамика „Акад. А. Балевски“ БАН“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“. На основание чл.5, ал.3 от Наредба за посочване на нередности максималната стойност на финансовата корекция е 4 185,00 лв. На основание чл. 72, ал. 3, изр. 2 от ЗУСЕФСУ е решено определеният процентен показател по т. I от решението да се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по Договор № РД – 09-219/12.11.2021г., сключен с „Марвел“ ООД. Решението се счита за първа писмена оценка по чл. 14, ал. 1 от Наредба за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173/13.07.2016г.

За да постанови оспореното решение УО е приел:

Първо, че в проведената процедура по възлагане на обществената поръчка е констатирано незаконосъобразно изменение на договора за ОП, което представлява съществена промяна на договора, тъй като засяга условията на плащане – нарушение на чл. 116, ал. 1, т.7 във вр. с чл. 116, ал. 5, т.1 и т. 2 от ЗОП, което представлява нередност по т. 23, б. „А“ „Незаконосъобразни изменения на договора за обществена поръчка“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентни показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ / Наредбата/. Счел е, че е налице съществена промяна на елемент на договора – условията на плащане, което попада в хипотезата на чл. 116, ал. 5, т.1 и т. 2 от ЗОП, регламентираща условията, при които дадено изменение следва да се приеме за съществено, а именно: „ т.1. изменението въвежда условия, които, ако са били част от процедурата за възлагане на обществена поръчка, биха привлекли към участие допълнителни участници или кандидати, биха позволили допускането на други участници или кандидати, различни от първоначално избраните, или биха довели до приемане на оферта, различна от първоначално приетата; т.2. изменението променя икономическия баланс на договора за поръчка или рамковото споразумение в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор за поръчка или рамково споразумение.“ Според УО в случая изменението води до ползи за избрания за изпълнител, които не са били известни на останалите участници, а именно, че окончателното плащане може да бъде извършено преди изтичане на гаранционния срок, като по този начин е платено по – рано и изменението променя икономическия баланс на договора за поръчка в полза на изпълнителя по начин, който не е бил предвиден в първоначалния договор. УО е счел, че така описаната промяна прави изпълнения договор съществено различен от първоначалния сключен. Изменението е счел за съществено, тъй като са изпълнени две от условията по чл. 116, ал. 5 от ЗОП.

Втора констатация на УО е използването на ограничителни условия за изпълнение

на поръчката – нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „ж“ от ППЗОП във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, което представлява нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата: „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“. Според констатациите на УО възложителят е изисквал в техническото предложение всеки участник да декларира, че ще осигури/ предостави възможност за квалифициран сервиз на доставената апаратура минимум 10 години след доставката. УО е извел, че ако не е било допуснато посоченото нарушение, би било възможно осигуряването на по – висока конкуренция и избор на икономически по – изгодна оферта, което от своя страна би довело до по – ефикасно и ефективно разходване на отпуснатите средства.

По делото са приети и представени с административната преписка документи, във връзка с провеждането на обществената поръчка.

При така установеното от фактическа страна съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима. Подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество същата е основателна.

Съгласно 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 оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал.1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т.1 от Устройствения правилник на агенцията изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С трудов договор № РД-24 от 01.03.2022г., сключен с Министерство на образованието и науката, представлявано от акад. Н.Д., проф. Г. Н. В. е приел да изпълнява длъжността изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК вр. чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициентите да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Спорът по същество се свежда до материалната законосъобразност на оспореното

решение.

По установената нередност по т.23, б.А „Незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка „ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата:

Съобразно проектодоговора за поръчка и, съответно, сключения договор между възложителите и изпълнителя № РД-09-219 от 12.11.2021г., в чл.7, ал.3 е предвидено: „ окончателното плащане на остатъчната сума от цената в размер на 10 процента се извършва в срок до 30 дни след извършване на всички действия по договора и изтичане на срока за гаранционното обслужване на допълнителното оборудване.“ Според гаранционната карта, подписана от „Марвел“ЕООД, дружеството поема 12 месеца гаранция за доставената стока, считано от 20.01.2022г., което би означавало, че при извършване на всички останали действия по договора, окончателното десетпроцентно плащане трябва да се извърши в 30-дневен срок от 20.01.2023г. В случая се констатира, че Института по металознание, съоръжение и технологии с ЦХАД „Акад.А.Балевски“ -БАН е превел сумата от 14 800.28 лева с ДДС по сметка на изпълнителя на 01.02.2022г. на основание фактура №15759/20.01.2022г., а Института по механика на БАН е превел сумата от 1939.72 лева с ДДС по сметка на изпълнителя на 08.02.2022г., на основание фактура № 15754/20.01.2022г. т.е. пълното плащане по договора е извършено на 08.02.2022г.

Не се споделят доводите на възложителите, че всъщност не е налице изменение на договора за обществена поръчка, тъй като не е обективирано в писмена форма, при условие, че договорът за обществена поръчка е формален и писмената форма е условие за неговата действителност. Договорите за възлагане обществена поръчка са с гражданскоправен характер, което обосновава приложимостта на Закона за задълженията и договорите (ЗЗД) и Търговския закон (ТЗ) спрямо този вид обществени отношения, в какъвто смисъл е препращането, направено с разпоредбата на чл. 120 от ЗОП, според която, за всички неуредени въпроси във връзка със сключването, изпълнението и прекратяването на договорите за обществени поръчки се прилагат разпоредбите на ТЗ и ЗЗД. В разпоредбата на чл. 20а, ал. 1 от ЗЗД е указано, че договорите имат сила на закон за тези, които са ги сключили, а според ал. 2 от същата разпоредба те могат да бъдат изменени, прекратени, разваляни или отменени само по взаимно съгласие на страните или на основания, предвидени в закона. В този смисъл, изменението на договора е средство за промяна на вече съгласувани между страните воли, чрез постигане на съгласие за това. Вярно е, че характерът на коментираните правоотношения предопределя задължението на страните в тези случаи да обективират волята си в писмен акт, но в случая няма съмнение, че е налице съгласуване на насрещните воли. Жалбоподателите очевидно не считат, че неоснователно са платили на изпълнителя, тъй като не са потърсили възстановяване на заплатената сума, нито разваляне на договора за някаква форма на виновно неизпълнение. Неспазване установената форма за действителност на договора не води автоматично до нищожност на същия, тъй като жалбоподателят не оспорва действията си по предсрочното плащане /по аргумент на чл.293, ал.2 от ТЗ/. Очевидно е съгласието на страните за извършеното преждевременно плащане, тъй като „Марвел“ООД е издало фактура за остатъчната сума от 1932.72 лева (в която се включват 10 –те % по чл.7, т.3 от сключения на 12.11.2021г. договор) а Института по механика на БАН е превел сумата на 08.02.2022г. Налице е изменение в първоначалните условия на договора, тъй като условие за това плащане не е

съществувало в процедурата за обществена поръчка.

Формалният извод е, че извършеното плащане е в полза на изпълнителя, тъй като окончателното плащане в размер на 10 % той е получил на 08.02.2022г., а не след изтичане на 12 месечния гаранционен срок;

Съдът обаче не счита, че фактическият състав попада в хипотезата на чл.116 ал.1,т.7 вр. ал.5, т.1 и 2 от ЗОП. Окончателното плащане съгласно Договор № РД-09-219 от 12.11.2021г. с изпълнител „Марвел“ООД е в размер на 1674 лева с ДДС при обща стойност на договора в размер на 16 740 лв.с ДДС; размерът на това окончателно плащане не е от естество да привлече допълнителни участници или кандидати, не би довело до допускане на различни участници или кандидати, различни от първоначално избраните или приемане на оферта, различна от първоначално предложената, тъй като е в размер, който е в пъти по-нисък от стойностните прагове за провеждане на обществени поръчки, посочени в чл.20 от ЗОП. Разбира се, начинът на плащане по договора е с немаловажно значение, тъй като дава информация на потенциалните изпълнители какъв ще е финансовия поток, с който ще разполагат, но в случая значимата част на уговореното възнаграждение- 90% вече е получена съобразно предварителните условия и се касае само за остатък от 10 процента, който и като абсолютна стойност не би повлиял на преценката на други потенциални кандидати за участие, включително и при изготвяне на офертите им.

Преждевременно извършеното плащане до размера на 1654 лева с ДДС не променя икономическия баланс на договора за поръчка; съгласно чл.7, ал.3 от договора окончателното плащане на остатъчната цена в размер на 10 процента се извършва в срок до 30 дни след извършване на всички дейности по договора и изтичане на срока на гаранционното обслужване на допълнителното оборудване. Гаранционното обслужване от изпълнителя е негово самостоятелно задължение без обвързаност с окончателното плащане, няма предвидена клауза за задържане на окончателното плащане при неизпълнение на дейности респ. при неизпълнение на друго задължение от страна на изпълнителя, което означава, че предвидената клауза по чл.7, ал.3 от договора, дори да бъде изпълнена преждевременно, не крие риск за неизпълнение задължения на изпълнителя и непостигане целите на договора т.е. няма промяна в ползите и рисковете при сключването му.

Разпоредбата на т. 23, б. „а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности квалифицира като нередност всяко незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, когато има промени в договора (включително намаляване на обхвата на договора), които не са в съответствие с чл. 116, ал. 1 ЗОП. Нормата предвижда, че промени в елементите на договора няма да се считат за нередности (следователно не се налага финансова корекция), когато: стойността на изменението е под праговете, определени в чл. 20, ал. 1 от ЗОП, и е до 10 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки за услуги и доставки, и до 15 на сто от първоначалната стойност на договора – за поръчки на строителство, както и когато промяната не засяга цялостния характер на поръчката или рамковото споразумение. Според изричното предписание на описанието към визираната нередност, съществена промяна на елементите на договора (като цената, естеството на строителството, срока на изпълнение, условията на плащане, използваните материали) е налице, когато промяната прави изпълнения договор съществено различен по

характер от първоначално сключения. Във всеки случай изменението ще се счита за съществено, когато са изпълнени едно или повече от условията по чл. 116, ал. 5 ЗОП. Съдът счита, че в случая е налице изключението по смисъла на описаната нередност, тъй като не са изпълнени условията на 116, ал. 5, т. 1 и т. 2 ЗОП.

По установената нередност по т.11, б.А от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата:

В техническото предложение по ОП възложителят е предвидил, че всеки участник следва да декларира, че ще осигури/представи възможност за квалифициран сервиз на доставената апаратура минимум десет години след доставката /при гаранционно обслужване на допълнителното оборудване 12 месеца/.

УО е възприел горепосоченото условие за ограничаващо, тъй като сервиз от минимум 10 години е крайно завишен като период от време и несъответстващ на предмета на поръчката. Посочил е, че това условие е извън обхвата на поръчката, когато и след изтичане на 12 месечния гаранционен срок изпълнителят няма да има никакви задължения към възложителя, но доколкото това условие е заложено в образеца на техническото предложение по договора, при подаването на оферта всеки кандидат следва да се съгласи с това обстоятелство, както и декларирането/съгласяването с явно несъответстващи на предмета на поръчката обстоятелства има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните кандидати. Посочил е, че следгаранционното обслужване не би следвало да бъде условие за изпълнение на обществена поръчка с обект на поръчката- доставка, като изразява позиция, че това условие е взето от оферта на „Марвел“ ООД, представена при проведено пазарно проучване от възложителя; намира, че въведеното условие ограничава кръга на заинтересованите лица да подадат оферта и да участват в поръчката и представлява нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП и чл.39, ал.3,т.1, б.ж от ППЗОП вр. чл.2, ал.1,т.1 и т.2 от ЗОП.

Възложителят разполага с оперативна самостоятелност при определянето на критериите за подбор и изискванията спрямо участниците в процедурата по възлагане на обществена поръчка, тъй като единствено той знае своите потребности, обуславящи необходимостта от провеждането ѝ. Тази свобода е нормативно ограничена от принципите, заложи в чл. 2 ЗОП и задължението за съобразяване с императивните разпоредби, приложими към избрания ред за възлагане по ЗОП.

Видно от съдържанието на спорното изискване, възложителят е приел, че изпълнителят следва да осигури минимум 10 години сервиз на доставената апаратура. Предметът на поръчката е доставка на допълнително оборудване за ZWICK сервохидравлична изпитваща машина HA 250 KN с високотемпературна пещ /1000 градуса C/ с температурна камера и принадлежност – силомерна клетка 5 kN. Касае се за специализирана апаратура, която се явява допълнително оборудване към вече съществуваща апаратура (апаратура за изследване на механичните характеристики на материалите), собственост на възложителите; в този смисъл това допълнително оборудване /силомерна клетка 5kN и свързващ фланец/ следва да е напълно съвместимо с наличната апаратура; спецификата на доставената стока е предопределила и задължение на изпълнителя за настройки, свързани с машината, инсталация, пускане в експлоатация и обучение за работа с допълнителното оборудване.

Поради горните особености в предмета на възлагане, възложителят е предвидил освен гаранционното обслужване в размер на 12 месеца, така също и

извънгаранционното такова минимум 10 години от датата на доставката. Очевидно евентуален ремонт би бил възможен, ако отнапред е ясно кои са лицата, които биха могли да го извършат. Възложителят не е създал необоснована тежест за участниците и по този начин не е ограничил техният потенциален кръг, тъй като не е посочил изисквания по отношение на лицата, които да декларират това условие-напр.официални представители, производители на такъв вид машини, официални вносители и т.н.; не е поставял изисквания към евентуална сервизна дейност, отнапред гарантиране наличието на части и консумативи и т.н. Това означава, че в процедурата може да участва всяко лице, което произвежда или търгува с такъв вид машинно оборудване и което е представило дванадесетмесечен гаранционен срок за доставката си. С поставеното изискване се цели получаване на гаранция, че предложеното в обществената поръчка допълнително оборудване ще е с осигурена сервизна и извънсервизна гаранция. Възложителя не е поставил никакви изисквания към потенциалните участници по извънгаранционното обслужване, а и самият УО не е конкретизирал кои биха били възможните изключени участници, като твърденията му кои са евентуалните лица, които могат да декларират подобно условие не почива на реално изложени фактически обстоятелства в документацията по ОП и представлява самостоятелно съждение без връзка с конкретния случай /стр.9, абз. първи от писмо 91-21/02.11.2022/. Не са изложени и съображения, че десетгодишния срок се явява прекомерен с оглед нормативно поставени изисквания и/или естеството на доставеното оборудване.

По горните съображения съдът счита, че не са налице допуснати нарушения на чл. 116, ал.1,т.7 вр. ал.5,т.1 и т.2 ЗОП и чл.2, ал.2 от ЗОП и чл.39, ал.3,т.1, б.ж от ППЗОП вр. чл.2, ал.1,т.1 и т.2 от ЗОП, с които да са осъществени нередности по т.23, б.А „Незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка,, от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата и т.11, б.А от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

При този изход на спора и предвид претенцията на един от жалбоподателите-Институт по металознание, съоръжения и технологии с център по хидро и аеродинамика „Акад.А.Балевски-БАН“ за присъждане на разноски, съдът намира, че същата следва да бъде уважена в размер на 200 лева юрисконсултско възнаграждение и 33.48 лева държавна такса, като следва да се осъди Изпълнителна агенция „Програма за образование“-ответник да я заплати на посочения жалбоподател.

Водим от горното и на основание чл.172, ал.2 от АПК, съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № 09-116/11.01.2023г. на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” (ОП НОИР) и Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ с адрес [населено място] 1113, [улица], блок 5,етаж 1, да заплати на Институт по металознание, съоръжения и технологии с център по хидро и аеродинамика „Акад.А.Балевски-БАН“ с адрес: [населено място], [улица] сумата в размер на 233.48 лева /двеста тридесет и три лева и четиридесет и осем стотинки/ разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба в 14-дневен срок от

съобщаването му на страните пред Върховен административен съд.