

РЕШЕНИЕ

№ 7227

гр. София, 14.12.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 17.09.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **3166** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба на Технически университет С. с вх. № 0413-4/02.04.2020 г. срещу Решение № 0413-3/20.03.2020 г. на Изп. директор и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ за определяне на финансова корекция.

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е неправилно, поради нарушение на материалния закон и необоснованост. Иска се от съда да отмени оспореното решение и не се налага финансова корекция, като в случая счита, че такава е наложена неоснователно и неаргументирано, поради липса на данни и доказателства за нарушения на приложимото европейско и национално законодателство. Твърди, че независимо от стойността на поръчката, възложителят е обявил същата като открита процедура. Въпреки твърденията на УО възложителят е взел предвид, че провеждането на предвидената в ЗОП открита процедура гарантира в най-голяма степен публичността на възлагане изпълнението на поръчката, респективно прозрачността при разходването на финансовите средства по проекти финансирани с европейски средствата. С цел да се осигури максимална публичност обществена поръчка е обявена като открита по вид процедура, целта на която, от друга страна е да защити и обществения интерес, посредством осъществяване на контрол върху разходването на средства от фондовете на Европейския съюз. Иска се оспореното решение да бъде отменено.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – юрк. З.,

поддържа жалбата, както и твърденията си, относно незаконосъобразността на оспорения акт. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Съображения излага в постъпили по делото писмени бележки.

Ответникът, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, като неоснователна по подробни доводи изложени в представените по делото писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

По делото не се спори, че ТУ - С. е бенефициент по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0008 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“. И че, от Техническият университет - С., в качеството му на възложител, е проведено възлагане на основание чл. 20, ал. 4, т. 3 (директно възлагане), като е констатирано следното нарушение:

Незаконосъобразно разделяне на поръчки за строителство/услуги/доставки на части:

Посочено е, че съгласно разпоредбите на чл. 21, ал. 3, ал. 4 и ал. 8 от ЗОП възложителите определят реда за възлагане на конкретна обществена поръчка на база общата стойност на потребностите на възложителя и неговите обособени звена, като се вземат предвид действителната стойност на поръчките от същия вид, възложени през последните 12 месеца, и общата прогнозна стойност на поръчките, възложени през 12-те месеца след първата доставка. В този смисъл възложителите следва да прилагат процедурите по чл. 18, ал. 1. т. 1-11, когато общата прогнозна стойност на поръчките за доставки/услуги, които са обект на интерес на една и съща група икономически оператори, е над 280 000 лв. Видно от установените факти, на 17.01.2019 г. е издадено Решение № ОП-23 за откриване на процедура на основание чл. 73, ал. 1 (открита процедура) с предмет „Доставка на специализиран софтуер за нуждите на Технически университет-С. по проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020“, по обособени позиции: обособена позиция № 1: Доставка на Специализиран софтуер за нуждите на L2S1 по приложена техническа спецификация, включваща лицензи и инсталации; обособена позиция № 2: Доставка на специализиран софтуер за нуждите на L4S2“ и прогнозна стойност 59 660 лв. без ДДС. Процедурата е била прекратена в частта на обособена позиция 1 с Решение № 017-74/07.03.2019 г., на основание чл. 110, ал. 1, т. 1 от ЗОП (не е подадена нито една оферта за участие). С Решение № 017-132/21.05.2019 г. поръчката е прекратена и в частта на обособена позиция 2 на основание чл. 100, ал. 1, т. 5 (установени нарушения при откриването и провеждането, които не могат да бъдат отстранени, без това да промени условията, при които е обявена процедурата). След прекратяване на процедурата възложителят ТУ - С. е възложил директно (без провеждане на процедура за избор на изпълнител) доставките, предмет на същата, на основание чл. 20, ал. 4, т. 3 от ЗОП, на изпълнител „U.-S. E.“ - Великобритания.

Общата стойност на разходите, извършени на база първичен счетоводен документ (фактура), е 7 145 евро без ДДС или 13 974,41 лв. без ДДС.

С Решение № ОП-160/24.06.2019 г. същият възложител ТУ - С. е обявил открита процедура с предмет „Доставка на специализиран софтуер за нуждите на Технически университет - С., Институт по механика - БАН и Институт по металознание, съоръжения и технологии с Център по хидро и аеродинамика „А. А. Б.” - БАН, по проект BG05M2OP001-1.001-0008 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020“ с прогнозна стойност 495 061 лв. без ДДС и е сключил договор за доставка с [фирма] на стойност 494 998 лв. без ДДС. Съгласно сключения договор, сумата за нуждите на ТУ - С. е 320 024 лв. без ДДС

С Решение № ОП-358/31.10.2019 г. ТУ - С. е обявил открита процедура с предмет „Доставка на специализиран софтуер по обособени позиции за нуждите на Технически университет - С., по проект BG05M2OP001-1.001-0008 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020.” С прогнозна стойност 141 900 лв. без ДДС.

Предвид възлагането на поръчки с предмет от един и същи вид, които са планирани и за които възложителят е знаел, че ще бъдат възложени, е прието, че е следвало да обедини нуждите в една процедура или да възложи отделни процедури, съобразявайки се с общата им прогнозна стойност при определяне реда на възлагане. Възложителят е взел предвид това си задължение, като е провел открита процедура, макар и прогнозната стойност на първата доставка да е била под праговете, посочени в чл. 20, ал. 1, т. 1 от ЗОП (59 660 лв. без ДДС). Същият е взел отново под внимание нуждата от обединяване на потребностите при определяне вида на процедура при откритата с Решение № ОП-358/31.10.2019 г. обществена поръчка с прогнозна стойност 141 900 лв., която отново попада под праговете на чл. 20, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

С оспореното решение е прието, че общата стойност на доставките, за които е възникнала необходимост от закупуване от страна на ТУ - С. е 475 898,41 лв. без ДДС, което е над праговете по чл. 20, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Посочено е, че след като е прекратил процедурата за избор на изпълнител с предмет „Доставка на специализиран софтуер за нуждите на Технически университет - С. по проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020“, по обособени позиции: обособена позиция № 1: Доставка на Специализиран софтуер за нуждите на L2S1 по приложена техническа спецификация, включваща лицензи и инсталации; обособена позиция № 2: Доставка на специализиран софтуер за нуждите на L4S2“ на основание чл. 110, ал. 1, т. 1 от ЗОП за обособена позиция 1, респективно на основание чл. 100, ал. 1, т. 5 от ЗОП за обособена позиция 2, възложителят е имал възможност да проведе нова открита процедура или да се възползва от възможностите, дадени от законодателя в чл. 79 от ЗОП, ако отговаря на някоя от

посочените хипотези, като по този начин би гарантирал осигуряването на достатъчно публичност, съгласно изискванията при разходване на обществени средства. Въпреки това е избрал ред за възлагане, който не отговаря на нормативните изисквания, а именно - директно възлагане по чл. 20, ал. 4 от ЗОП.

Също така, съгласно чл. 20, ал. 9 от ЗОП възложителите могат да изберат и по- висок ред за възлагане от предвидения с прогнозната стойност, но са задължени да прилагат всички правила, приложими за избрания вид процедура. В настоящия случай е избрана открита процедура, като видно от описаните обществени поръчки по-горе, същата е била правилен избор на възложителя. Възлагането на обществени поръчки по реда на чл. 20, ал. 4 от ЗОП може да бъде провеждано само при строго определени условия, с цел да не се нарушават принципите на възлагане на обществените поръчки - свободна конкуренция, публичност и прозрачност. Управляващият орган е констатира неправилно прилагане от страна на възложителя на чл. 20, ал. 4 от ЗОП, без да са налице основания за това. В конкретния случай, след като възложителя е избрал да възложи обществената поръчка чрез открита процедура, той е елиминирал своята възможност да възложи същата чрез директно възлагане. Дори след прекратяването си откритата процедура влече последици и изисквания, които са задължителни за възложителите и следва да бъдат съобразявани.

Прието е, че с тези си действия възложителят е допуснал нарушение на разпоредбите на чл. 17, ал. 1, ал. 20, ал. 9 и чл. 21, ал. 3, ал. 4 и ал. 8 от ЗОП, което представлява нередност по т. 2, буква а) „обществена поръчка за строителство или доставки и/или услуги е незаконосъобразно разделена и за всяка част е приложен ред за възлагане, отпосим за по-ниски прогнозни стойности; в резултат на това не е налице изискуемата публичност в „ОВ“ на ЕС, съответно в Регистъра на обществените поръчки (Р.) за поръчки, подлежащи на обявяване на национално ниво; за да е налице нередността, обявленията за разделените части от поръчката следва да не са публикувани в „ОВ“ на ЕС, съответно в Р. за поръчките, подлежащи на обявяване на национално ниво“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. I от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. (изм. ДВ. бр. 67 от 23 август 2019 г.). Управляващият орган (УО) е приел, че за допуснатото нарушение следва да бъде определена финансова корекция в размер на 100% от поисканите за възстановяване допустими разходи за доставка на софтуер, направени в резултат на директно възлагане по чл. 20, ал. 4, т. 3 от ЗОП с изпълнител „U.-S. E.“ - Великобритания.

Прието е, че е налице нарушение на изрично уредени правни норми, задължаващи възложителят/бенефициентът да осигури достатъчно публичност и прозрачност при провеждането на обществени поръчки. С неспазването на изискванията за провеждане на процедура, респективно - изискванията за осигуряване на публичност при възлагане на договори, финансирани със средства от Съюза, е нарушен принципът на публичност и прозрачност, съгласно в чл. 2, ал. 1, т. 4 от ЗОП. В тази връзка, ако Възложителят бе спазил изискването на закона, би могло в поръчката да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от

Съюза финансови средства.

По конкретната процедура, доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като е констатирано незаконосъобразно разделяне на поръчки за доставки, което би могло да възпрепятства участието на определени лица в обществената поръчка и няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако бяха спазени законовите изисквания, размерът на финансовата корекция е определен по пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, както следва:

Нарушението представлява нередност по т. 2, буква а) (обществена поръчка за строителство или доставки и/или услуги е незаконосъобразно разделена и за всяка част е приложен ред за възлагане, относим за по-ниски прогнозни стойности. В резултат на това не е налице изискуемата публичност в „ОВ“ на ЕС, съответно в Регистъра на обществените поръчки за поръчки, подлежащи на обявяване на национално ниво. За да е налице нередността, обявленията за разделените части от поръчката следва да не са публикувани в „ОВ“ на ЕС, съответно в Р. за поръчките, подлежащи на обявяване на национално ниво от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 202/15.08.2019 г., за която при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, каквато е настоящата поръчка, в зависимост от тежестта на нарушението е предвидена финансова корекция в размер на 100 или 25 на сто от засегнатите от нарушението, поискани за възстановяване, допустими разходи.

При определяне на размера на конкретното основание и размер на финансовата корекция за нередността и квалификацията ѝ по отделните хипотези на т. 2, УО е посочил, че е взел предвид:

1. Възложителят е следвало да проведе открита процедура по ЗОП и да публикува обявлението в ОВ на ЕС, но вместо това е възложил доставките без провеждане на процедура за обществена поръчка, само срещу първичен разходооправдателен документ.

2. Възложителят не е публикувал информация за възлагането нито на национално, нито на европейско ниво.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, Управляващият орган е дал възможност на бенефициента Технически университет - С. за възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост прилагането и на доказателства.

На 23.12.2019г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.001-0008-C03-M238 бенефициентът е подал своите възражения, като по констатациите е изразил несъгласие и посочил възражения срещу основанията и

размера на предложената финансова корекция.

Жалбата пред съда е подадена, чрез административния орган, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол.

Съгласно чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България. За средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. А чл. 3, ал. 2 от същия нормативен акт посочва, че средствата от ЕСИФ се предоставят по програмите, включени в Споразумението за партньорство, след тяхното одобряване от Европейската комисия. Приложеният по делото административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ е сключен между страните след влизане на ЗУСЕСИФ в сила, касае „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г., основните средства за финансиране на която се предоставят от Европейския фонд за регионално развитие. Посочените факти във връзка с изписаните правни норми обосновават извод за приложение на ЗУСЕСИФ, като нормативен акт на национално ниво, регламентиращ правната рамка на правоотношенията между страните по договора за безвъзмездна финансова помощ.

Решение № ОП-23/17.01.2019 г. (номер на поръчката в Агенцията по обществени поръчки: 00193-2019-0003) Възложителят е открил „открита“ по вид процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Доставка на специализиран софтуер за нуждите на Технически университет - С. по проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020“, с обща прогнозна стойност 59660.00 лв. без ДДС, като максималната прогнозна стойност на обособена позиция № 1: „Доставка на Специализиран софтуер за нуждите на L2S1 по приложена техническа спецификация, включваща лицензи и инсталации“ е 19660,00 лв. без ДДС. С решение № ОП - 17/07.03.2019 г. поръчката, в частта по тази обособена позиция, е била прекратена на основание чл. 110, ал. 1, т. 1 от ЗОП (не е подадена нито една оферта за участие).

В настоящия случай възложителят с открил „открита“ по вид процедура за възлагане на обществена поръчка за „Доставка на специализиран софтуер за нуждите на Технически университет - С. по проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020“. Независимо от стойността на поръчката 59660.00 лв. без ДДС (прогнозна стойност на обособената позиция 19660,00 лв. без ДДС) Възложителят е обявил същата като открита процедура, т.е. е взел предвид, че провеждането на предвидената в ЗОП открита процедура

гарантира в най-голяма степен публичността на възлагане изпълнението на поръчката, респективно прозрачността при разходването на финансовите средства по проекти финансирани с европейски средствата.

С цел осигуряване максимална публичност горепосочената обществена поръчка е обявена като открита по вид процедура, целта на която е да защити обществения интерес, посредством осъществяване на контрол върху разходването на средства от фондовете на Европейския съюз и едновременно с това да създаде равни условия и прозрачност.

Посочената открита процедура, в частта по обособена позиция 1, е прекратена на основание чл. 110, ал. 1, т. 1 ЗОП (не е подадена нито една оферта за участие).

Според УО „след като възложителят е избрал да възложи обществената поръчка чрез открита процедура, той е елиминирал своята възможност да възложи същата чрез директно възлагане. Тъй като е приел, че дори след прекратяването си откритата процедура влече последици и изисквания, които са задължителни за възложителите и следва да бъдат съобразявани.

Съгласно чл. 20, ал. 9 от ЗОП възложителите могат да изберат и по-висок ред за възлагане от предвидения с прогнозната стойност, но са задължени да прилагат всички правила, приложими за избрания вид процедура. В случая същността на предмета и стойността на поръчката не налагат провеждането на процедура по ЗОП, а допускат директно възлагане по реда на чл. 20, ал. 4, т. 3 от ЗОП.

УО е посочил, че след прекратяването си откритата процедура влече последици и изисквания, които си задължителни за възложителите и следва да бъдат съобразявани. Законово задължение на Възложителя е когато първоначално обявената процедура е прекратена, възложителят може да открие нова процедура за възлагане на обществена поръчка със същия предмет, само ако решението за прекратяване е влязло в сила. Заповедта на Възложителя по стартиране на директно възлагане е издадена след влизане в сила на решението за прекратяване на

обществената поръчка, в частта по обособена позиция 1.

Въз връзка с изложеното, настоящата инстанция намира, че приетото от УО, че следва да бъде наложена финансова корекция е необосновано. Липсват доказателства за твърдените нарушения. Тези обстоятелства обективират извод за липса на основание за налагане на финансова корекция.

Според УО предвид възлагането на поръчки с предмет от едни и същи вид, възложителят е следвало да обедини същите за нуждите в една процедура или да възложи отделни процедури, съобразявайки се е общата им прогнозни стойност при определяне реда на възлагане.

Жалбоподателят възразява, като излага, че се касае за уникални и защитени от авторското право самостоятелни програмни продукти, с различно програмно осигуряване и функционално предназначение. В тази връзка се е позовал на Решение на Съда на ЕС от 22.12.2010 г. по дело C-393/09, Решение на Съда на ЕС от 02.05.2012 г. по дело C-406/10, Решение № 214 от 13.05.2016 по т. д. № 3088/2014 г., ВКС, ТК, I отд.

Съдът намира същото за безспорно. ЗОП задължава възложителите да обобщават от гледна точка на приложимия възлагателен ред, само и единствено онези предмети на обществени поръчки, които са идентични или сходни (чл. 21, ал. 16, т. 2 от ЗОП), а в случая се касае за отделни доставки на програмни продукти, които не са нито идентични, нито сходни (тъй като е трудно същите да бъдат съпоставяни), които са уникални произведения, защитени от гледна точка на авторски и интелектуални права.

Съгласно разпоредбата на чл. 27 от ППЗОП възложителят обобщава идентични или сходни потребности с оглед на правилното определяне на реда за тяхното възлагане, а не сходни видове доставки. Следователно от факта, че един възложител има потребност от няколко софтуерни продукти не може да се направи автоматичен извод за сходство в предмета на обществените поръчки. Преценката за наличие на разделяне на предмета на поръчката трябва да се прави винаги индивидуално, на базата на предмета на конкретната поръчка/така и № 11995 от 23.08.2019г.

по адм. д. № 15408/2018 г.на ВАС/.

Настоящата инстанция счита за основателни доводите на жалбоподателя, тъй като софтуерът е обект на защита на авторското право и правата за ползването му се уреждат чрез специален договор, софтуерен лиценз, като кръгът на потенциалните изпълнители е различен за всяка поръчка, поради което и направените изводи от УО се явяват необосновани.

По делото не е установено от ответника и, че предметът на различните поръчки може да бъде изпълнен от една и съща група икономически оператори, за да възникне задължение за обединяването им.

С оглед на изложеното и съдът намира, че оспореното решение е незаконосъобразно, поради което и жалбата следва да бъде уважена.

При този изход на спора заявеното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение следва да бъде уважено на основание чл.143, ал.1 от АПК и чл.78, ал.8 (Изм. – ДВ, бр. 8 от 2017 г.) от ГПК, вр.чл.144 от АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ в размер на 100 лв.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III–то отделение, 36-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Технически университет - С. Решение № 0413-3/20.03.2020 г. на Изп. директор и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ за определяне на финансова корекция.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ да заплати на ТУ - С. разноски по делото в размер на 100,00 лв. (сто лева).

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред
Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: