

РЕШЕНИЕ

№ 26953

гр. София, 13.12.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 13.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разглежда дело номер **4492** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.).

Образувано е по жалба на Университет „Проф. д-р А. З.“- [населено място], представляван от Проф. д-р Х. Б. против Решение № 16-4/01.04.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), което като бенефициер по проект № BG05M2OP001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)“, след организирана и проведена открита процедура по ЗОП с предмет: „Доставка на оборудване за нуждите на проект № BG05M2OP001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)“ с обособени позиции, е наложена финансова корекция по обособени позиции /ОП/: 5 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: по ОП1: Договор № 339/2Е08.2023 г. с изпълнител КОНТРАКС АД на стойност 273 590,00 лв. без ДДС или 328 308,00 лв. с ДДС; 10 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: по ОП2: Договор

№ 337/17.08.2023 г. с изпълнител РИСК ЕЛЕКТРОНИК ООД на стойност 187 840,00 лева без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС.

Релевира се, че финансовата корекция е незаконосъобразно, доколкото не е съобразена с целта на закона, наложена при неправилно тълкуване и прилагане на материалния закон. Оспорва се нарушението по т.1- чл.100, ал.7, т.1 ЗОП, вр. чл.2, ал.1, т.2 ЗОП, като се твърди, че в случая възложителят е дал по- дълъг срок от минимално предвидения 30- дневен, с което е дал възможност на потенциалните участници достатъчно време за подготовка на офертите си. Позовава се на разпоредбата на чл.74, ал.1 ЗОП. По т.2 сочи, че поставеното изискване за „оторизационно писмо или друг документ от официалния представител за територията на Република България или производител на марката или марките, с която/които участникът участва, в уверение на това, че е оторизиран от официалния представител или производител на марката за територията на Република България да предлага, доставя и осъществява поддръжка на оборудването, обект на обществената поръчка“ по никакъв начин не ограничава участието на стопанските субекти в поръчката и не нарушава принципите на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, чието задължително спазване се изисква от разпоредбата на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. Излага подробни мотиви в тази насока. Моли съда да отмени оспорвания акт. Претендират се разноски.

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

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

Софийска градска прокуратура не изразява становище за основателност на жалбата.

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

Между Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР) и бенефициенти: Софийски университет "Св. Климент Охридски", Технически университет- С., Шуменски университет "Епископ К. П.", Русенски университет "А. К." и Университет "Проф. д-р А. З." – Б., е сключен Административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0004- C01 по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.001 „Изграждане и развитие на центрове за върховни постижения“, наименование на Проекта: „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)".

От страна на Университет "Проф. д-р А. З." - Б., в качеството на възложител е проведена открит процедура по ЗОП с предмет: „Доставка на оборудване за нуждите на проект № BG05M2OP001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в е-обществото (УНИТе)“ с обособени позиции: Обособена позиция № 1 Прототипната лаборатория; Обособена позиция № 2 Сървърни системи и оборудване; Обособена позиция № 3 Роботизирани системи; Обособена позиция № 4 Автономна

станция за мониторинг на въздуха, с уникален номер в РОП 00972-2023-0007, по която са сключени договори по следните обособени позиции:

- ОП1: Договор № 339/21.08.2023 -[ЕИК] КОНТРАКС АД на стойност 273 590,00 лв. без ДДС или 328 308,00 лв. с ДДС;
- ОП2: Договор № 337/17.08.2023 -[ЕИК] РИСК ЕЛЕКТРОНИК ООД на стойност 187 840,00 лв. без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС;
- ОП3: Договор № 346/31.08.2023 -[ЕИК] СТЕМО ООД на стойност 90 818,00 лв. без ДДС или 108 981,60лв. с ДДС;

При осъществен последващ контрол върху процедурата за възлагане и изпълнение на обществена поръчка са констатирани съмнения за нередност, които са основание за определяне на финансови корекции съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (Загл. изм. - ДВ. бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) (ЗУСЕФСУ), в редакцията преди 01.07.2022 г., а именно нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта на ЗУСЕФСУ, извършено чрез действие от страна на бенефициента, което би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, с кореспонденция № BG05M20P001-1.001-0004-C04-M470 от 23.01.2024 г., в ИСУН 2020, Управляващият орган е изпратил писмо № 16-04 от 23.01.2024г. за стартиране на производство по определяне на финансова корекция, поради следните констатирани нередности:

I. Незаконосъобразен срок за получаване на оферти или заявления за участие при съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка - по Обособена позиция № 1 и Обособена позиция № 2:

- нарушение на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, което представлява нередност по т. 4.1 „Незаконосъобразни срокове за получаване на оферти или срокове за получаване на заявления за участие“ 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. доп. ДВ, бр. 102 от 23.12.2022 г.), за което е предложено да бъде наложена финансова корекция 5 на сто от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатите договори: ОП1: Договор №339/21.08.2023 г. с изпълнител КОНТРАКС АД, на стойност 273 590,00 лв. без ДДС или 328 308 лв. с ДДС; ОП2: Договор №337/17.08.2023 г. с изпълнител РИСК ЕЛЕКТРОНИК ООД, на стойност 187 840,00 лв. без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС.

II. Използване на условие за изпълнение на поръчката, което е дискриминационно на базата на необосновани национални изисквания - по Обособена позиция № 2:

В документацията за обществената поръчка, РАЗДЕЛ VII: УКАЗАНИЯ ЗА ПОДГОТОВКА НА ОФЕРТАТА И ИЗИСКВАНИЯ, подраздел II. Представената оферта трябва да съдържа следните документи(същото изискване е поставено и в т. 18 на Приложение 1 Технически изисквания и спецификации раздел III. ИЗИСКВАНИЯ КЪМ ИЗПЪЛНЕНИЕТО ЗА ВСИЧКИ ОБОСОБЕНИ ПОЗИЦИИ), изрично е посочено „За обособена позиция 2 - Участникът, в случай, че не е производител на предложените сървъри, комутатор и широко форматни дисплеи, следва да представи

оторизационно писмо или друг документ от официалния представител за територията на Република България или производител на марката или марките, с която/които участникът участва, в уверение на това, че е оторизиран от официалния представител или производител на марката за територията на Република България да предлага, доставя и осъществява поддръжка на оборудването, обект на обществената поръчка. “ В писмото за стартиране на производството по определяне на финансова корекция УО подробно е обосновал, че цитираното изискване, поставено като условие за изпълнение на поръчката по обособена позиция № 2 на поръчката, е в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 10 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ (обн., ДВ, бр.51 от 01.07.2022 г., в сила от 1.07.2022 г.), за което е предложено да бъде определена финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия договор по Страница 6 от 22 обособена позиция № 2: Договор № 337/17.08.2023 г. с изпълнител „РИСК ЕЛЕКТРОНИК“ ООД на стойност 187 840,00 лева без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС.

Със същото писмо, на основание чл.73, ал.2 ЗУСЕФСУ е дадена възможност на бенефициента Русенски университет "А. К.", в срок от две седмици от получаване на уведомлението, да представи възражения по основателността и размера на предложените финансови корекции, и при необходимост да приложи доказателства.

На 06.02.2024 г. с писмо, получено в УО на ОПНОИР с кореспонденция № BG05M20P001-1.001-0004-C04-M470-A001 в ИСУН 2020, възложителят подал своите възражения, като възражава срещу основанието и размера на предложените финансови корекции.

С оспорваното в настоящото производство Решение № 16-4/01.04.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОП НОИР), на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (Загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) (ЗУСЕФСУ), в редакцията им преди 01.07.2022 г. и в редакцията на посочените по-долу в текста на настоящото решение разпоредби на ЗУСЕФСУ преди 01.07.2022 г., във връзка с § 70 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (обн., ДВ, бр. 51 от 01.07.2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. доп. ДВ, бр. 102 от 23.12.2022 г.), чл. 143, параграф 2 във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл. 14, ал. 2

и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г., в качеството на Ръководител на Управляващия орган (РУО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР), на Университет „Проф. д-р А. З.“ - [населено място], представляван от Проф. д-р Х. Б. е определена финансова корекция в размер на:

- 5 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: по ОП1: Договор № 339/2Е08.2023 г. с изпълнител „КОНТРАКС“ АД на стойност 273 590,00 лв. без ДДС или 328 308,00 лв. с ДДС;

- 10 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:

по ОП2: Договор № 337/17.08.2023 г. с изпълнител РИСК ЕЛЕКТРОНИК ООД на стойност 187 840,00 лева без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС, сключени в резултат на проведена от Б. Университет „Проф. д-р А. З.“ обществена поръчка с предмет: „Доставка на оборудване за нуждите на проект № BG05M20P001-1.001-0004 „Университети за Наука, Информатика и Технологии в еобществото (УНИТе)“ с обособени позиции: Обособена позиция № 1 Прототипната лаборатория; Обособена позиция № 2 Сървърни системи и оборудване; Обособена позиция № 3 Роботизирани системи; Обособена позиция № 4 Автономна станция за мониторинг на въздуха, с уникален номер в РОП 00972-2023-0007.

На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредба за посочване на нередности, максималната стойност на финансовата корекция е 38 956,20 лв., включваща: 16 415,40 лева по Договор № 339/21.08.2023 г. с изпълнител КОНТРАКС АД, сключен по ОП № 1; 22 540,80 лева по Договор № 337/17.08.2023 г. с изпълнител РИСК ЕЛЕКТРОНИК ООД, сключен по ОП № 2.

По делото е приета административната преписка.

При така изложените факти от правна страна съдът намира следното:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73 ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното: Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗУСЕСИФ обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: "Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление".

Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал.2 с.з. приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., като съгласно §71, ал.3 - нормативните актове по ал.2 ще се прилагат до приемането на актовете по ал.1 и за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон. Видно от изложеното по отношение процесния спор са приложими разпоредбите на закона, действали преди влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ (ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Нормите приложими в настоящото съдебно производство са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт– ДВ бр. 52 от 9 юни 2020 г. Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице. В случая оспорваното решение е издадено от изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“. С оглед изложеното, оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения.

В случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства, от която същият се е възползвал.

Съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В акта изрично е посочено, че констатираните нарушения, квалифицирани като нередности и размера на определените финансови корекции са

описани в цитираното по-горе уведомително писмо, адресирано да жалбоподателя, с което последният се е запознал преди издаване на решението за определяне на финансова корекция. Доколко тези фактически и правни основания са правилни, респ. дали обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта.

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

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г.

В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

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

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

В тежест на административният орган, с оглед на чл.170 ал.1 от АПК е да докаже, че има нарушения на Закона за обществените поръчки, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение/с действие или бездействие от стопанския субект– т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

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

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

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

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

Относно нарушението по пункт I по чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП- Незаконосъобразен срок за получаване на оферти или заявления за участие при съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка- по Обособена позиция № 1 и Обособена позиция № 2:

Съгласно сочената за нарушена норма на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП Възложителят удължава сроковете за получаване на оферти, когато: 1. (доп.– ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) в случаите по ал. 1 са внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците; новият срок трябва да е съобразен с времето, необходимо на лицата да се запознаят и да отразят промените, но не може да е по-кратък от първоначално определения. Според чл.100, ал.1 ЗОП Възложителят може, по собствена инициатива или по искане на заинтересовано лице, да направи промени в условията на процедурата, посочени в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, в поканата за потвърждаване на интерес, в документацията за обществената поръчка и в описателния документ. Промените не трябва да въвеждат условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица.

В разпоредбата на чл.2, ал.1 от ЗОП е заложено, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по- специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция.

РУО е приел, че за да отговорят на новопоставените изисквания на възложителя, се налага участниците по Обособена позиция 1 да направят промени в офертите си, в частта на техническото си предложение, както и в ценовото си предложение, които са съществени, тъй като е налице промяна по отношение на Обособена позиция № 1 в Приложение № 1 - Минимални технически характеристики за ОП 1 - т. 18; Техническо предложение по ОП 1 (Приложение № 2.1) - т. 3; в Таблица по ОП1 - т. 4,

5, 11, 18 и 21 чрез включване или изключване на допълнителни специфични изисквания и изискванията за изпълнение, а участниците по Обособена позиция № 2 - в ценовото си предложение.

Съдът съобрази, че в закона няма легална дефиниция на понятието "съществени изменения в условията, които налагат промяна в офертите на участниците", но за такова изменение се приема това, което би довело до промяна на основен, главен, важен елемент от условията на процедурата, поради което и офертите на участниците не биха били същите. Съществена промяна би могла да бъде промяна, отнасяща се до: предмета- включване на допълнителна дейност или отпаднала такава; обема- промяна в брой на доставяното оборудване; промяна в техническата спецификация, чрез включване на допълнителни специфични изисквания; срока за изпълнение; критериите за подбор: изискванията за изпълнение и др.

По делото не се оспорва от жалбоподателя, изводът на РУО, че възложителят е направил съществено изменение в условията на процедурата посочени в обявлението (промяна на документацията за участие), на основание чл. 100, ал. 7 ЗОП. Подробен анализ в тази насока се съдържа в Уведомително писмо, на което Ръководителят на Управляващия орган се позовава в оспорвания акт, поради което и тези мотиви се считат като част от решението за налагане на финансова корекция /стр.3-8 от УП/.

В тази връзка настоящият съдебен състав съобрази, че в процесния казус, за да отговорят на новопоставените изисквания на възложителя, се налага участниците да направят промени в офертите, си в частта на техническото си предложение, както и в ценовото си предложение, които са съществени, тъй като е налице промяна в техническата спецификация, чрез включване или изключване на допълнителни специфични изисквания и изискванията за изпълнение.

При това положение е налице нормативно уредено задължение за удължаване на срока за получаване на оферти, който не може да е по-кратък от първоначално определения по смисъла на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП.

В случая, първоначалният срок за представяне на оферти в откритата процедура с цитирания предмет е 34 дни, като видно от изпратено 05.05.2023 г. за публикуване обявление за изменение или допълнителна информация и решението, с което се одобрява, срокът за подаване на оферти е 33 дни.

Направената от УО констатацията касае незаконосъобразно съкращаване

на нормативно определения срок по чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП за получаване на оферти, предвиден в случаите на внесени съществени изменения в условията по обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците, доколкото самият бенефициент потвърждава във възражението си, първоначално определеният срок за получаване на оферти е 34 дни, докато броят на дните на удължения (новия) срок е 33 дни, т.е. с 1 ден е по- кратък.

Приложимо в случая е правилото на чл. 28, ал. 1 ППЗОП, съгласно което при определянето на срокове, които са в дни и се броят след определено действие или събитие, не се брои денят на настъпване на действието или на събитието. В случая при преброяване на дните формиращи новия срок за подаване на оферти, определен с обявлението за изменение, считано от деня, следващ датата на публикуването му– 21.09.2020 г., се установява, а и не се оспорва, че броят на дните е 33. Следователно новият срок е по- кратък с един ден от първоначално определения, което потвърждава правилността на извода на административния орган за допуснато нарушение на чл. 100, ал. 7, т. 1, във вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗОП.

Във връзка с довода на жалбоподателя, направен още с възражението и обсъден в оспорвания акт от органа, че не е осъществено нарушение по чл.100, ал.7, т.1 ЗОП, тъй като възложителят е дал по- дълъг срок от минимално предвидения в чл. 74 ал. 1 от ЗОП 30- дневен, а именно 33 дни, с което е предоставил възможност на потенциалните участници достатъчно време за подготовка на офертите, тъй като този довод е неотносим спрямо установеното от УО нарушение на друго нормативно задължение, уредено в чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП (в приложимата редакция ДВ, бр. 62 от 05.08.2022 г., в сила от 05.08.2022 г.).

Съдът намира за нужно да отбележи, както правилно е приел и УО, че разпоредба на чл. 74, ал. 1 от ЗОП регламентира изисквания спрямо минималния срок за получаване на оферти при обявяване на поръчката (първоначалния срок), а не нормативно определеният срок по чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП, касаещ изисквания към минималния нов срок за получаване на оферти при удължаване на първоначално обявения срок. Т.е. касае се за две отделни хипотези, с които възложителят следва да се съобрази при провеждане на обществената поръчка.

Предвид това, когато удълженият срок е по- кратък от първоначално определения при изменение на условията на поръчката по ОП 1 (променените са изисквания към артикулите, част от търсената прототипна лаборатория) и ОП 2 (налице е увеличение на прогнозната стойност на обществената за обособената позиция), които изменения безспорно са съществени, във всички случаи води до обективно

съкращаване на времето на потенциалните участници за подготовка, преценка за участника относно цената, която ще бъде необходимо да офертира за изпълнение на поръчката и подаване на оферти, а оттам и до ограничаване възможността да бъдат получени повече оферти, каквито е разумно да се очаква в случай, че срокът за получаване на оферти бе удължен съгласно чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП като не по-кратък от първоначално определения. Ограничаването на възможността да бъдат получени повече оферти чрез незаконосъобразното съкращаване на срока за получаването им води до ограничение на конкуренцията, респ. до нарушаване на принципа на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

При това положение е правилен изводът на административния орган, че доколкото измененията водят до съществена промяна в условията на поръчката, които налагат промяна в офертите на участниците, възложителят е следвало да удължи сроковете за получаване на оферти-чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП.

Законосъобразна е констатацията на РУО на ОП“НОИР“, че ограничаване на възможността да бъдат получени повече оферти чрез липсата на удължаване на обявения срок за получаването им води до ограничаване на конкуренцията, респективно до нарушаване на принципа на свободна конкуренция, прокламиран в чл.2 ал.1, т.2 от ЗОП.

Неспазването на правилата на ЗОП съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд. Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица нанасянето на вреда", сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В настоящия случай е налице нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки, произтичащо от бездействие на възложителя– възложителят на обществената поръчка не е удължил нормативно установения срок за получаване на оферти, предвиден в случаите на внесени съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците, като новият срок съгласно чл.100, ал.7, т.1 от ЗОП не може да бъде по-кратък от първоначално определения, което ограничава възможността на икономическите оператори да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка и/или водят до разубеждаване на потенциалните участници от

участие в процедурата, т.е. имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Съдът намира, че цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав на нередност по 4.1, буква „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, тъй като не е налице по-голямо съкращаване на нормативно установените срокове.

Правилно и обосновано административният орган, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и чл. 2, ал. 1 и чл. 5, ал. 1 от Наредбата, за гореописаното нарушение, е определил финансова корекция /ФК/ в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове Страница 11 от 22 фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатите договори: ОП1: Договор №339/21.08.2023г. с изпълнител КОНТРАКС АД, на стойност 273 590,00 лв. без ДДС или 328 308 лв. с ДДС; ОП2: Договор №337/17.08.2023г. с изпълнител РИСК ЕЛЕКТРОНИК ООД, на стойност 187 840,00 лв. без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС.

С оглед изложеното в тази част жалбата е неоснователна.

По второто нарушение: По чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП- II. Използване на условие за изпълнение на поръчката, което е дискриминационно на базата на необосновани национални изисквания - по Обособена позиция № 2.

Касае се за нарушаване на принципи в ЗОП и в частност на заложените в чл.2, ал.1, т.1 и т.2 ЗОП, съгласно които обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция.

Съгласно принципа по чл.2, ал.2 ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или 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. Според граматическото тълкуване на правната норма на чл.2, ал.2 ЗОП, за да е налице нарушаване на въведената забрана, следва да се установи въвеждането от възложителя на условие или изискване, което

или необосновано дава предимство, или необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки /в условията на алтернативност/ и едновременно с това не е съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка /последното чрез употребения от законодателя съюз „и“ сочи на кумулативност на тази предпоставка с една от първите/.

В случая от страна на Управляващия орган е констатирано, че в документацията за обществената поръчка е заложено, РАЗДЕЛ VII: УКАЗАНИЯ ЗА ПОДГОТОВКА НА ОФЕРТАТА И ИЗИСКВАНИЯ, подраздел II. Представената оферта трябва да съдържа следните документи (същото изискване е поставено и в т. 18 на Приложение 1 Технически изисквания и спецификации раздел III. ИЗИСКВАНИЯ КЪМ ИЗПЪЛНЕНИЕТО ЗА ВСИЧКИ ОБОСОБЕНИ ПОЗИЦИИ), изрично е посочено „За обособена позиция 2- Участникът, в случай, че не е производител на предложените сървъри, комутатор и широко форматни дисплеи, следва да представи оторизационно писмо или друг документ от официалния представител за територията на Република България или производител на марката или марките, с която/които участникът участва, в уверение на това, че е оторизиран от официалния представител или производител на марката за територията на Република България да предлага, доставя и осъществява поддръжка на оборудването, обект на обществената поръчка.“

Безспорно, оперативната самостоятелност на възложителите при поставяне на изисквания спрямо кандидатите и участниците, чрез които се цели установяване на възможността им да изпълнят поръчката, е ограничена от императивните правни норми на закона, които от своя страна гарантират възлагането на обществените поръчки при проявлението на принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция, пропорционалност и публичност и прозрачност.

Оторизацията е вид упълномощаване, което е широко приложимо в обичайната търговска практика. Оторизацията от производител обикновено се отнася до процеса, чрез който производител на продукт предоставя на други лица правото да продават или използват неговия продукт под определени условия. Това може да включва както стоки (физически продукт), така и софтуерни приложения или услуги. Обхватът на предоставяните права, се определя в специфични договорни условия

между производителя и оторизирания търговец. Във всеки случай, оторизацията от производител осигурява на оторизирания търговец права и задължения, които са специфични за съответния производител и продукт, като право на продажба, на маркетинг и реклама, право на използване, поддръжка и сервиз (оторизираният търговец може да предоставя техническа поддръжка, ремонт или сервизни услуги за продуктите на производителя), но и задължение за спазване на определени стандарти: оторизираният търговец може да има задължение да спазва определени стандарти за качество, безопасност и етика при продажбата или използването на продуктите на производителя. В тази връзка, изискването за оторизация безспорно се явява гаранция за качество и надеждност на осъществяваната дейност, свързано е с предмета на поръчката и само по себе си не се явява ограничително, както е прието и от административния орган. Но оторизирането може да възникне от договорни отношения както със самия производител, така и с негов официален вносител или друг икономически субект, който е упълномощен да оторизира от името на производителя, при това без предоставените на тези лица права да са обвързани с конкретна територия – в случая, с територията на Република България. С оглед на това, посочването в разглежданото условие, че оторизационното писмо може да бъде или от производителя или от негов официален представител за Република България, е необосновано ограничително изискване, тъй като без да е налице основателна причина бенефициерът е ограничил кръга на допустимите участници само до тези, които притежават оторизация или директно от самия производител, или от лице, чиято оторизация, като даваща правото да оторизира трети лица, е ограничена по своя териториален обхват до Република България. Същият резултат – исканата сигурност в качеството по отношение предлагането и поддръжката на оборудването и софтуера, бенефициерът би могъл да постигне и без да поставя ограничението издател на оторизацията да е оторизирано от производителя лице за територията на Република България, а именно – представител с обща оторизация доколкото изначално оторизацията във всички случаи изхожда от самия производител. Правилно органът е отхвърлил възражението на бенефициера доколкото подобна интерпретация на въведеното условие не съответства нито на граматическото му тълкуване, нито на съдържанието на предоставяните чрез оторизацията права. Изразът „или от негов/и официален/и представител/и за Р. България“ не би могъл да се разбира по друг начин, освен че официалният представител на производителя следва да е такъв, определен само за територията на Република България. С оглед

гореизложеното, включването в обхвата на оторизацията на такъв представител на правото да оторизира трети лица, би било ограничено по териториални предели до територията на Република България. В този случай би важал принципът *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (Никой не може да прехвърли другиму повече права, отколкото сам притежава). При това положение, икономически оператори, които имат оторизация от официален представител на производителя с обща оторизация, не биха отговорили на изискването и биха подлежали на отстраняване от процедурата. В този смисъл е Решение № 7394 от 5.07.2023 г. на ВАС по адм. д. № 11742/2022 г., VII о.

Формулираното по този начин условие, включващо посоченото национално изискване, резултира в разубеждаващ ефект спрямо потенциалните участници, които не са оторизирани директно от производителя, може да представи оторизация от официален представител на производителя за Република България.

Процесното нарушение, както правилно е съобразено от органа, е довело до дискриминация, базирана на необосновано национално изискване. Налице са всички съставомерни признаци на нередност по т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. В случая е отчетено наличието на минимално изискуемото ниво на конкуренция, което е основание за определяне на по-нисък размер на финансовата корекция в хипотезата на б. „б“ от посочената разпоредба, за което е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто.

Настоящият съдебен състав намира, че за нарушението, установено съответно по обособена позиция ОП № 2 на поръчката, законосъобразно е определена финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 337/17.08.2023 г. с изпълнител „РИСК ЕЛЕКТРОНИК“ ООД на стойност 187 840,00 лева без ДДС или 225 408,00 лв. с ДДС. Това влече неоснователност на жалбата и в тази част.

С оглед изложеното, съдът приема, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, в определената от закона форма, при липса на допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, в съответствие с материалните разпоредби и с целта на закона, поради което следва жалбата да бъде отхвърлена изцяло.

При този изход на делото и на основание чл. 143, ал. 2 от АПК на ответника се следват разноски за процесуални представителство от юрисконсулт в размер на 100 лв. на основание чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

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

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Университет „Проф. д-р А. З.“- [населено място], представляван от Проф. д-р Х. Б. против Решение № 16-4/01.04.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020.

ОСЪЖДА Университет „Проф. А. З.“- Б., с ЕИК:[ЕИК], да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“, [населено място], сумата от 100 лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: