

РЕШЕНИЕ

№ 7618

гр. София, 16.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 22.11.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **2654** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Образувано е по жалба от СУ „Св. К. О.“, срещу Решение No 0401-2/25.02.21 г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансови корекции както следва: 1)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 засегнатите договори по ОП №№1, 2, 3, 4, 6, 9, 10,1 2, 16 и 17, както следва:

По ОП № 1: договор Ко 80.09-159 / 28.08.2020г. с изпълнител И. Е., на стойност 122 850лв без ДДС, съответно 147 420 лв. с ДДС;

По ОП № 2: договор NO 80.09-158 / 28.08.2020г., с изпълнител И. Е., на стойност 423 500лв без ДДС, съответно 508 200 лв. с ДДС;

По ОП № 3: договор NO 80.09-92 / 15.06.2020г., с изпълнител Б. О., на стойност 36 000лв без ДДС, съответно 43 200 лв. с ДДС;

По ОП № 4: договор NO 80.09-79 / 05.06.2020г., с изпълнител И. Е., на стойност 85 000лв без ДДС, съответно 102 000 лв. с ДДС;

По ОП № 6: договор NO 80.09-81 / 05.06.2020 г., с изпълнител И. Е., на стойност 66

300лв без ДДС, съответно 79 560 лв. с ДДС;

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

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

По ОП № 12: договор N0 80.09-93 / 15.06.2020г., с изпълнител РСР Е., на стойност 154 250лв без ДДС, съответно 185 100 лв. с ДДС;

По ОП № 16: договор N0 80.09-157 / 28.08.2020г., с изпълнител И. Е., на стойност 263 500лв без ДДС, съответно 316 200 лв. с ДДС;

По ОП № 17: договор N0 80.09-96 /15.06.2020 г., с изпълнител С. Е., на стойност 107 850 лв. без ДДС, съответно 129 420 лв. с ДДС.

2)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 по ОП №№: 5, 7, 8,14 и 15, както следва:

По ОП № 5: договор N0 80.09-80 / 05.06.2020 г., с изпълнител Л. Е., на стойност 65 980 лв. без ДДС, съответно 79 176 лв. с ДДС;

По ОП № 7: договор Ко 80.09-78 / 05.06.2020 г., с изпълнител М. България Е., на стойност 91 000 лв. без ДДС, съответно 109200 лв. с ДДС;

По ОП № 8: договор N0 80.09-137 / 06.08.2020 г., с изпълнител И. Е., на стойност 368 750 лв. без ДДС, съответно 442 500 лв. с ДДС;

По ОП № 14: договор N0 80.09-94 /15.06.2020 г., с изпълнител ЛАБЕКСПЕРТ О., на стойност 9 180 лв. без ДДС, съответно 11 016 лв. с ДДС;

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

3) 25 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 ОП №11: договор № 80.09-95 / 15.06.2020г., с изпълнител Л. АД, на стойност 12 380 лв. без ДДС, съответно 14 856 лв. с ДДС,

Като основание за незаконосъобразност на оспореното решение в жалбата се сочи неспазване на установената форма поради липса на мотиви, съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Жалбоподателят поддържа, че не е налице нередност и няма основание за налагане на финансовата корекция. Изразява несъгласие с констатациите за извършени нарушения при възлагането на обществената поръчка и развива подробни доводи в подкрепа на тезата си. Иска се отмяна на решението в неговата цялост.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез адв. О., поддържа жалбата по съображенията подробно изложени в същата. Претендира присъждане на разноските по делото, съобразно представен списък. Представя писмени бележки.

Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Представя писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Прокурорът, счита решението за правилно и законосъобразно.

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

Софийски университет „Св. К. О.“ е бенефициент по договор № BG05M2OP001-1.002-0019 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020, чрез който се изпълнява проект „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „Св. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, включваща обособени позиции 17 броя. СУ „Св. К. О.“ е провел обществена поръчка - открита процедура по реда на ЗОП, с наименование: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „Св. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, включваща обособени позиции 17 броя. В резултат на проведената процедура по обособени позиции ОП №№1, 2, 3, 4, 6, 9, 10, 12, 16 и 17, както следва:

По ОП № 1: договор Ко 80.09-159 / 28.08.2020г. с изпълнител И. Е., на стойност 122 850лв без ДДС, съответно 147 420 лв. с ДДС;

По ОП № 2: договор NO 80.09-158 / 28.08.2020г., с изпълнител И. Е., на стойност 423 500лв без ДДС, съответно 508 200 лв. с ДДС;

По ОП № 3: договор NO 80.09-92 / 15.06.2020г., с изпълнител Б. О., на стойност 36 000лв без ДДС, съответно 43 200 лв. с ДДС;

По ОП № 4: договор NO 80.09-79 / 05.06.2020г., с изпълнител И. Е., на стойност 85 000лв без ДДС, съответно 102 000 лв. с ДДС;

По ОП № 6: договор NO 80.09-81 / 05.06.2020 г., с изпълнител И. Е., на стойност 66 300лв без ДДС, съответно 79 560 лв. с ДДС;

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

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

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

По ОП № 16: договор NO 80.09-157 / 28.08.2020г., с изпълнител И. Е., на стойност 263 500лв без ДДС, съответно 316 200 лв. с ДДС;

По ОП № 17: договор NO 80.09-96 /15.06.2020 г., с изпълнител С. Е., на стойност 107 850 лв. без ДДС, съответно 129 420 лв. с ДДС.

По ОП № 5: договор NO 80.09-80 / 05.06.2020 г., с изпълнител Л. Е., на стойност 65 980 лв. без ДДС, съответно 79 176 лв. с ДДС;

По ОП № 7: договор Ко 80.09-78 / 05.06.2020 г., с изпълнител М. България Е., на стойност 91 000 лв. без ДДС, съответно 109200 лв. с ДДС;

По ОП № 8: договор NO 80.09-137 / 06.08.2020 г., с изпълнител И. Е., на стойност 368 750 лв. без ДДС, съответно 442 500 лв. с ДДС;

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

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

При извършена проверка от страна на УО на ОП НОИР на проведената обществена поръчка са установени следните нарушения;

1. Нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение първо от ЗОП във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 1 от

ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП.

Нарушението се изразява в залагане на незаконосъобразен критерий за подбор в т. III.

1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението за поръчката и от документацията за участие, а именно: „Участникът следва да е изпълнил общо за последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата поне 1 (една) дейност с предмет и обем, идентичен или сходен с тази на предмета и обема на настоящата поръчка по обособената позиция, за която подава оферта“. Възложителят е уточнил и какво следва да се разбира под дейност и обем идентични или сходни с предмета и обема на поръчката, а именно следва да се разбира доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторна апаратура/оборудване на стойност превишаваща или равна на прогнозната на обособената позиция, за която участникът подава оферта“. УО е преценил, че се касае, че възложителят незаконосъобразно е обвързал изискването за опит за изпълнение на поръчката със стойност, която да е поне колкото прогнозната стойност на обособената позиция, по която участникът е подал оферта. В случая е налице смесване на изискванията за финансово и икономическо състояние и изискванията за технически възможности на участниците, от което следва ограничителния характер на така поставения критерий за подбор. По аргумент на чл. 59, ал. 2, изр. първо от ЗОП възложителите могат да използват спрямо участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Изискването за опит, посочено в закона като критерий за подбор, следва да е обвързано с изпълнени дейности „с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката“, но не и с тяхната стойност. Във вр. с установеното УО, е приел, че поставения от възложителя критерий за подбор е незаконосъобразен, тъй като противоречи на смисъла и целта, които законодателят е придал на критерия за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, който може да бъде използван от възложителите. Възложителят е използвал критерий за подбор, който не е по този закон, т.е. нарушил е изискването на чл.59, ал.2 изречение първо.

УО е квалифицирал нарушението като нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) (Наредбата) - възложителят е определил критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален и местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка.

2. По отношение на нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП.

Нарушението се изразява в залагане на незаконосъобразен критерий за подбор, видно от т. III. 1.3. „Технически и професионални възможности“ от обявлението за откриване на обществената поръчка и от документацията за същата, а именно: „Участникът следва да разполага със сервизна база“, като това обстоятелство се удостоверява в раздел В: „Технически и професионални способности“ в Част IV:

Критерии за подбор в ЕЕДОП, където следва да се посочи адресът на сервизната база. Така формулираното изискване е незаконосъобразно, тъй като дава предимство или необосновано ограничава участието на лица в процедурата и не съответства на предмета на обществената поръчка, както и противоречи на принципа за свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Изискването е незаконосъобразно, тъй като към момента на кандидатстването се изисква от потенциалните участници да разполагат със сервизна база, за да могат да посочат адреса на същата в подавания от тях ЕЕДОП. В случая възложителят е следвало с цел спазване на принципа за свободна и лоялна конкуренция да постави това изискване към избрания за изпълнител и да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява и не натоварва участниците (например участникът да декларира в ЕЕДОП, че ако бъде избран за изпълнител ще осигури изискваната сервизна база). Вместо това, видно от посоченото и в обявлението и в документацията за участие при подаване на офертата участниците декларират съответствието си с критерия за подбор в ЕЕДОП, чрез попълване на раздел В на част IV „Критерии за подбор“, като при попълването те трябва да опишат сервизната база чрез посочване на нейният адрес.

УО е приел, че за да декларира изискуемата от възложителя и посочена по-горе информация за сервизната база, участникът следва да разполага с нея още към момента на подаване на офертата, за да може да посочи адреса ѝ. В случая, с така формулираното изискване възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници само такива, които към момента на кандидатстване разполагат с изискваната сервизна база, с което възложителят не е дал възможност участие в процедурата да вземат участници, които към момента на кандидатстване не разполагат с такава сервизна база, но в случай, че бъдат избрани за изпълнители ще я осигурят. В този смисъл, за всеки един участник, който желае да участва в процедурата, ще е налице понасяне на административна тежест, а вероятно и на финансова такава във връзка с осигуряването на изискуемата сервизна база (напр. за наем на сервизна база), без участникът да има яснота дали ще бъде избран за изпълнител или не. В същото време, ограничаването на участието не е обосновано и от гледна точка на завишен обществен интерес, какъвто е опазването на живота и здравето на гражданите (тъй като обект на доставка е обикновено лабораторно оборудване за лабораториите на университета), която техника не е свързана с особено важни обществени интереси, каквито биха били опазването на живота и здравето на гражданите.

УО е квалифицирал нарушението като нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) (Наредбата) - възложителят е определил критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален и местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка.

3. По отношение на нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 67, ал. 1 от ЗОП и чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т.1 и т. 2 от ЗОП.

Поставеният от възложителя критерий за подбор (описан в предходното нарушение.), а именно: „ Участникът следва да е изпълнил общо за последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата поне 1 (една) дейност с предмет и обем, идентичен или сходен с тази на предмета и обема на настоящата поръчка по обособената позиция, за която подава оферта и това, че: под дейност и обем „, идентични или сходни с предмета и обема на поръчката " следва да се разбира доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторна апаратура/оборудване на стойност превишаваща или равна на прогнозната на обособената позиция, за която участникът подава оферта" УО е установил, че по Обособена позиция № 11 участник Л. АД не изпълнява така поставеният критерий за подбор. Това е така, защото прогнозна стойност по Обособена позиция № 11 е 17 838 лв. без ДДС, а избраният за изпълнител участник Л. АД по тази обособена позиция е декларирал в ЕЕДОП за последните 3 (три) години от датата на подаване на офертата, само една изпълнена сходна доставка, а именно „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционна поддръжка на Ултразвуков процесор 750 IV със заглушител и микросонда - УСХ 750, 8отс8 & Ма(епалз 1пс", на стойност 10 489лв, с което не отговаря на така поставения от възложителя критерий за подбор, поради което на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП е следвало да бъде отстранен от процедурата.

В случая, при подписване на договора е представен списък с изпълнени сходни доставки, където е посочена същата изпълнена през 2019 г. доставка и са представени като доказателства клиентска поръчка и приемо-предавателен протокол, от които е видно че стойността на извършената доставка не отговаря на поставения критерий за подбор. Така поставения критерий за подбор, заложен от възложителя е приложен неправилно в хода на процедурата, в резултат на което по ОП 11 е определен за изпълнител участник, който не отговаря на този критерий за подбор. Класираният на второ място по тази обособена позиция участник - [фирма] е отговарял на възложителя критерий за подбор, като е декларирал една сходна доставка на стойност 33 340 лв. УО е приел, че за изпълнител е следвало да бъде определен именно участникът [фирма], а не да бъде избран за изпълнител участник, който не покрива заложените критерий за подбор, с което е допуснато нарушение на принципа на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Посочил е конкретно, че на това основание - несъответствие с поставения критерий за подбор, в частта изпълнена сходна доставка на стойност превишаваща или равна на прогнозната на обособената позиция, за която участникът подава оферта е отстранен участника Б. Е. по ОП 4 и ОП 6. В тази връзка е нарушен и принципът на равнопоставеност, прокламиран в чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП, тъй като възложителят не е приложил критерият за подбор по еднакъв начин към всички участници в процедурата.

УО е квалифицирал нарушението като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за

извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) (Наредбата). За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

4. По отношение на нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 и ал. 2, т. 2 от ЗОП във връзка с чл. 62, ал. 1, т. 3 и т. 4 от ЗОП и чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

УО е приел, че при подписване на договора определеният изпълнител представи документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата и съответствието с поставените критерии за подбор.

След проверката на проведената обществена поръчка било установено, че по ОП № 11 с изпълнител Л. АД при сключване на договора не са представени изрично посочените от възложителя документи, които представляват предпоставка за сключването му. При подаване на офертата по ОП №11, участникът Л. АД е декларирал в ЕЕДОП общ оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката за последните 3 приключили финансови години 2017, 2018 и 2019 г. в размер надвишаващ размера на прогнозната стойност по обособената позиция, с което участникът отговаря на поставения критерий за подбор, но при сключване на договора е представил само ОПР и счетоводен баланс за 2017, 2018 и 2019г., без да е представил справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката. Възложителят изрично е указал, че „Обстоятелството се удостоверява в раздел Б: „Икономическо и финансово състояние " в Част IV: Критерии за подбор на еЕЕДОП" и че „Поставеното изискване се доказва с документ по чл. 62, ал. 1, т. 3 и т. 4 от ЗОП - годишните финансови отчети или техни съставни части, когато публикуването им се изисква съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен и справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката. Участникът, определен за изпълнител, представя документите преди сключване на договор за обществена поръчка. "

Също така, съгласно документацията на възложителя „Участникът следва да разполага със сертифицирани специалисти (минимум един квалифициран и/или 10/2424 сертифициран специалист) за инсталиране, въвеждане в експлоатация и гаранционно поддържане на предлаганото от участника лабораторно оборудване. Под „сертифициран и/или квалифициран специалист " следва да се разбира: лице, което притежава удостоверение за правоспособност за работа с предлаганото оборудване, издадено от производителя на същото (или оторизиран негов представител)". Отново възложителят изрично е посочил, че „Обстоятелството се удостоверява в раздел В: Т. и проф. способности в Част IV: Критерии за подбор е ЕЕДОП\ както и че „Поставеното изискване се доказва с документа по чл. 64, ал.1, т. 6 ЗОП - списък на персонала, който ще изпълнява поръчката (доставка), и/или на чл. на ръководния състав, които ще

отговарят за изпълнението, в който е посочена професионална компетентност на лицата, както и документи, които доказват професионална компетентност на лицата ".

При извършената от Р. проверка за законосъобразност на проведената обществена поръчка било установено, че по ОП № 11 с изпълнител Л. АД при сключване на договора не са представени изрично посочените от възложителя документи, които представляват предпоставка за неговото сключване. При подаване на офертата по ОП №11, участникът Л. АД е декларирал в ЕЕДОП, че разполага с един сертифициран сервизен специалист -- Н. Д., който е преминал курс на обучение при производителя за инсталиране, монтаж и гаранционно поддържане на предлаганото оборудване. При сключването на договора обаче е представен единствено Списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, в който е вписано лицето Д. и е посочена неговата професионална компетентност, без да са представени доказателства, които да доказват сочената професионалната компетентност на това лице. Липсата на документи, които доказват декларираната в ЕЕДОП професионална компетентност на сочения от участника експерт, в случая липсата на „удостоверение за правоспособност за работа с предлаганото оборудване, издадено от производителя на същото (или оторизиран негов представител)" или друг еквивалентен документ, възпрепятства възможността да бъде доказано съответствието на участника с така поставения критерий за подбор. Следователно участникът- избран за изпълнител не е доказал съответствието си с така поставения критерий за подбор, поради което с него не следва да се сключва договор, по аргумент на чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП, какъвто в действителност е сключен.

Във връзка с изложеното по ОП № 11 е определен за изпълнител участник, който не отговаря на тези критерии за подбор, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция. СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ „К. О.", в качеството му на възложител, е нарушил горепосочените разпоредби, а именно за неправилно прилагане на заложените критерии за подбор, (за икономически и финансови възможности - наличие на оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката и технически и професионални възможности наличие на персонал с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката), в резултат на което е определен за изпълнител участник, който не отговаря на заложените критерии за подбор, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

УО е квалифицирал нарушението като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн.,

ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) (Наредбата). По-конкретно нарушението попада в описаната в тире първо на т. 14 хипотеза - определен е за изпълнител участник, който не отговаря на заложените критерии за подбор. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, Управляващият орган е дал възможност на бенефициента за възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо с рег. № В005М2ОР001-1.002-0019-С05-М259 от 18.01.2021г. В законоустановения срок бенефициентът е представил своите възражения по описаните в писмото констатации. След разглеждане и анализ на представените разяснения/възражения, УО не е приел изложените от Софийски университет доводи за липса на нарушение.

По делото са приобщени писмените доказателства, съставляващи административната преписка, представени от ответника с писмо от 17.03.2021 г., постъпили писмени становища с изложени аргументи по същество от ответника и от жалбоподателя.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 25.02.2021 г., жалбата е депозирана до АССГ, чрез изпълнителния директор на ИА Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ на 10.03.2021 г., в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е частично основателна.

Оспореното решение представлява индивидуален административен акт съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ и е издадено от компетентен орган. Според 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. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 6, т.1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж““ ръководител на управляващия орган на ОП НОИР е изпълнителният й директор. Видно от Заповед № РД12 – 251 от 30.10.2017 г. на министъра на образованието и науката на тази длъжност е назначен К. Г., издател и на оспорения акт. В резултат може да се направи заключение, че Решение № 0401-17/25.02.2021 г. е издадено от компетентен орган.

Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаването на решението за налагане

на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото е, че така установената процедура е била спазена. Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок и такива са депозиранни. Подаденото възражение е обсъдено, като е изразено становище на УО по всички възражения на жалбоподателя. Оспореното решение не е издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл. 73 ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Посоченият срок е инструктивен и изтичането му не преклутира правото на УО да приложи финансова корекция за установената нередност. Поради това издаването на административния акт след 1-месечния срок по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ не представлява съществено процедурно нарушение, което да обосновава незаконосъобразност 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.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 143 (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 – СУ „СВ. К. О.“ 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., поради което 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 ЗУСЕСИФ /в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 6.03.2020 г./ Процедурата за определяне на финансова корекция е започнала с писмо от 18.01.2021 г. т.е. при действието на Наредбата в редакцията ѝ от ДВ бр.19 в сила от 6.03.2020 г. В този смисъл неприложим се явява §8 от ПР на Постановление № 35 от 4 март 2020 г. на МС, с което се изменя и допълва Наредбата, в който е предвидено, че започнатите до влизането в сила на това постановление производства по определяне на финансови корекции, касаещи поръчки по чл. 20, ал. 2 и 3 от ЗОП се довършват при досегашните показатели на корекцията.

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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ). 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. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция,

равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

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

Конкретно трябва да се извърши проверка, дали са налице сочените от УО на ОП НОИР нарушения, изразяващи се в използване на критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка във връзка със заложено изискване в процедурата и в случай, че са извършени такива - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение 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.

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.

1. По отношение на нарушението на чл. 59, ал. 2 изречение първо във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, съдът счита жалбата за неоснователна

Нормата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП гласи, че възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Съгласно чл. 63, ал. 1 от ЗОП „Възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество.

В конкретния случай спора се свежда до това дали възложителят има право да поставя изискване относно това дали разполагат участниците в процедурата с човешки и технически ресурси, както и опит за изпълнение на поръчката.

Вярно е, че ЗОП не съдържа изрична забрана за поставянето на изискването за

опит за изпълнение на поръчката със стойност, която да е поне колкото прогнозната стойност на обособената позиция, която да е поне колкото прогнозната стойност на обособената позиция, по която участникът е подал оферта. Оперативната самостоятелност на възложителя е ограничена от изискванията на чл. 59, ал. 1 ЗОП - като сфера до която могат да се отнасят критериите, от изискванията на чл. 59, ал. 2 ЗОП - като цел, за която са допустими и като обстоятелства, с които трябва да са съобразени, и от изискването на чл. 2, ал. 2 ЗОП - като забрана, която трябва да бъде спазвана.

Предмета на обществената поръчка е Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „С. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, като изискването за опит следва да е обвързано с изпълнени дейности „предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, но не и с тяхната стойност. Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 1, б. "б" от ЗОП възложителят може да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, най-много за последните три години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за доставки и услуги. Посоченото може да бъде поставено като изискване единствено към участниците в обществената поръчка, но не може да се отнася както беше посочено и по – горе да обвързва изискването за опит за изпълнение на поръчката със стойност, която да е поне колкото прогнозната стойност на обособената позиция, по която участникът е подал оферта. Така поставеното изискване е ограничително, доколкото не дава възможност на потенциални кандидати, имащи екип от лица, които притежават необходимата квалификация и опит, но същият е реализиран по проекти, които биха могли да бъдат и по-сложни, преди повече от три години, да участват в процесната обществена поръчка. Въведеното изискване би могло да ограничи броя на участниците в обществената поръчка. /в този смисъл решение № 10642/08.08.2018 г., постановено по адм. д. № 4557/2018 г. на ВАС:/

Правилно органът е квалифицирал нарушението като нередност по т. 11, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, редакция към датата на издаване на оспорения акт, за която се предвижда фиксиран процентен показател на корекция в размер на 5 % за поръчки по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, каквато е настоящата.

По отношение последния елемент на нередността - вредата, в трайната практика на Съда на Европейския съюз и на националния съд се приема, че не може да се изключи възможността констатираните нарушения да имат отражение върху бюджета на Съюза, тъй като не може да се изключи възможността, ако нарушенията не бяха извършени, други потенциални изпълнители да участват и да предложат по-изгодни условия.

2. По отношение на нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 от ЗОП вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП. Съдът не споделя изводите на УО и счита жалбата за

основателна в тази ѝ част.

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

Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 8 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да разполага с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката. Видно от оспореното решение е, че органът твърди, че процесните критерии за подбор са в нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП, т.е. че не са съобразени с предмета на поръчката. За да се оцени съответствието на критериите за подбор с предмета на поръчката е необходимо да се прецени дали тези критерии са подходящи, дали са съответни на предмета на поръчката.

По делото е безспорно, че част от предмета на процесната обществена поръчка е и гаранционното и сервизно обслужване на доставеното оборудване и апаратура. В документацията на поръчката е посочено, че изпълнителят поправя всички повреди за своя сметка като влага само нови части и компоненти, както и че всички разходи по това обслужване са за негова сметка, в т.ч. и транспортни разходи, когато е „необходим ремонт в сервиз на изпълнителя“. В проекта на договора за обществена поръчка и в сключените договори с изпълнителите е установено задължението на изпълнителя да отстрани за своя сметка и в договорените срокове всички повреди, както и задължението на изпълнителя да отстрани със свои сили и средства всички несъответствия на доставената апаратура и оборудване, Изпълнителят е длъжен да отстранява заявените рекламации за възникнали повреди в срок на Апаратурата за възникнали повреди в срок до 30 дн, като времето за реакция следва да не бъде по – дълго от 5 дни. Посочено е още, че „при наличие на повреда и/или дефект, която не може да се отстрани на място, транспортните разходи до съответния сервиз за отстраняване на повредите/дефектите са за сметка на изпълнителя“.

При така дефинираните задължения на изпълнителя действително, както е приел органът наличието на сервизна база само по себе си не гарантира изпълнение на предмета на поръчката. Това, което гарантира изпълнението на поръчката е спазването от изпълнителя на задължението за последващото гаранционно обслужване, разходите за което са предварително калкулирани в офериранията цена, както и спазването от изпълнителя на задължението за

реакция в определения срок, за влягането на нови части, за поемането на всички разходи по гаранционното обслужване, в т.ч. и транспортните, за наличието на квалифициран експерт, който да установи на място повредата и да я отстрани в установения срок.

В случая обаче органът е изложил аргументи, че процесният критерий „не може да се приеме, че съответства на предмета и характера на обществената поръчка, именно поради обстоятелството, че сервизната база, би могла да бъде от значение само за изпълнение на поръчката, но не и на етап кандидатстване“. Този мотив на органа е лишен от логика. Самият законодател е посочил, че критериите за подбор трябва да са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката. Критериите за подбор не са извън и независимо от изпълнението на поръчката, а само и единствено с оглед на възможността за нейното изпълнение. Освен това предметът и характерът (каквото и да значи употребеното понятие „характерът“, тъй като то не е елемент на разпоредбата на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП) на поръчката не са нещо имагинерно и извън нейното изпълнение. Тезата, че процесният критерий е относим към изпълнението на поръчката, но не съответства на нейния предмет и характер прави мотивите на управляващия орган нелогични.

Наред с това УО твърди, че изискването следва да се поставя само спрямо обявления за изпълнител участник, тъй като е пряко свързано с изпълнението на поръчката, а не да се поставя спрямо участниците – към момента на кандидатстване.

От съвкупната оценка на мотивите на УО следва, че процесният критерий е несъответен на предмета на поръчката, но е съответен на изпълнението ѝ, поради което „възложителят е следвало да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява и не възпрепятства участниците (например декларация в свободен текст, че ако бъде избран за изпълнител, участникът ще осигури исканата сервизна база)“.

Процесният критерий за подбор в контекста на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП може да бъде или незаконосъобразен, или законосъобразен, т.е. или съответен, или несъответен на предмета на поръчката, като доказването му е незаконосъобразно, но ако доказването на критерия е незаконосъобразно, то не е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП /в този смисъл Решение № 4611/12.04.2021 г. по адм. д. № 104/2021 г. на ВАС, Решение № 4615/12.04.2021 г. по адм. д. № 11713/2020 г. на ВАС/.

Предвид гореизложеното мотивите на управляващия орган не дават възможност ясно и недвусмислено да се установи коя от хипотезите е приел, което само по себе си е незаконосъобразност на оспорения акт. Липсата на яснота относно фактическия състав на приетото от органа нарушение на приложимото право прави оспорения акт незаконосъобразен.

3. По отношение на нарушението на чл. 107, т.1 от ЗОП във вр. с чл. 67, ал. 1 от ЗОП и чл. 112, ал. 1, т.2 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал.1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, съдът приема следното:

Действително, както твърди в мотивите на оспорения акт и поддържа в хода на съдебното дирене, представителя на УО според чл.104, ал.5 от ЗОП при разглеждане на офертите, когато е необходимо, се допуска извършване на проверки по заявените от участниците данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица. В същия смисъл е и разпоредбата на чл.54, ал.13 от ППЗОП. Следва да се има предвид, че при тази законова регламентация помощната комисия на възложителя може да извърши проверка на заявените от участника данни в представения от него ЕЕДОП, но това нейно правомощие е в оперативна самостоятелност на оценителната комисия, поради което нейна е преценката дали да изиска допълнителни доказателства относно съответствието на заявените данни от възложителя с изискванията за подбор.

Същевременно, според чл.107, т.1 от ЗОП, освен на основанията по чл.54 и чл.55 от ЗОП, възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор. В случая се установява, че в подадената от участника [фирма] документация за участие е декларирал в ЕЕДОП за последните 3 години от датата на подаване на офертата, само една изпълнена сходна доставка. От представените към преписката документи това обстоятелство не се установява. Съгласно чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП при сключване на договора, избраният за изпълнител следва да представи документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор. При подписване на договора са е представен списък с изпълнени сходни доставки, като са представени като доказателства клиентска поръчка и приемо –предавателен протокол, от които се установява, че стойността на извършената доставка не отговаря на поставения критерий за подбор, поради което е следвало да отстрани участника от по – нататъшно участие в процедурата. Съгласно чл. 107, т. 1 ЗОП възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията. Следователно, в случая е било налице основание за отстраняване заради несъответствия, но вместо това този участник е определен за изпълнител, макар неговото предложение да не отговаря на предварително зададените от възложителя критерии. Допускането на участник, който не отговаря на критериите, поставени от възложителя за избирането му за изпълнител, безспорно представлява нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП, както е приел УО. Ето защо правилно УО е определил в оспореното решение, че са налице нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 107, т. 1 ЗОП. Нарушенията засягат договор, сключен по проведената обществена поръчка. Органът законосъобразно е подвел нарушенията като нередности по т. 14 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като за изпълнител е определен участник, който не отговаря на поставените от възложителя

критерии за подбор.

Към релевантния момент за нередността по т. 14 финансовата корекция е в размер на 25%. По отношение договорите, засегнати и от нередността по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата, спазвайки принципа за некумулиране, заложен в чл. 7 от Наредбата, е определил обща финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договорите, сключени по двата договора. Ето защо съдът намира, че правилно е определен, както размера на финансовата корекция, така и основата ѝ.

Елемент от фактическия състав на нередността е условието нередността да има или да би имала като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. В оспорения акт УО е изложил мотиви за наличието на финансово отражение на нарушенията, поради което и възражението на оспорващия в този смисъл съдът намира за неоснователно.

4. По отношение на нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2, т. 2 от ЗОП във вр. с чл. 62, ал. 1, т. 3 и т. 4 от ЗОП и чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал.1, т. 2 от ЗОП, съдът счита жалбата за неоснователна в тази ѝ част, поради следното;

Съгласно разпоредбата на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител представи документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата и съответствието с поставените критерии за подбор. В ал. 2, точка втора на същата разпоредба, възложителят не сключва договор, когато участникът, класиран на първо място не изпълни някое от условията по ал. 1.

Съдът споделя изводите на УО, че по ОП № 11 с изпълнител Л. АД при сключване на договора не са представени изрично посочените от възложителя документи, които представляват предпоставка за сключването му. Видно от подадената оферта по ОП №11, участникът Л. АД е декларирал в Е. ОП общ оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката за последните 3 приключили финансови години 2017, 2018 и 2019 г. в размер надвишаващ размера на прогнозната стойност по обособената позиция, с което участникът отговаря на поставения критерий за подбор, но при сключване на договора е представил само ОПР и счетоводен баланс за 2017, 2018 и 2019г., без да е представил справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката. Доколкото информация за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, т.е. информация за специфичния оборот не може да се извлече от представения ОПР и счетоводен баланс, а единствено чрез горепосочената справка, следва да се приеме, че при така описаната фактическа обстановка участникът не е доказал съответствието си с поставения критерий за подбор и въпреки това с този участник е сключен договора по ОП № 11. Възложителят изрично е указал, че „Обстоятелството се удостоверява в раздел Б: „Икономическо и финансово състояние " в Част IV: Критерии за подбор на еЕЕДОП" и че „

Поставеното изискване се доказва с документ по чл. 62, ал. 1, т. 3 и т. 4 от ЗОП - годишните финансови отчети или техни съставни части, когато публикуването им се изисква съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен и справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката. Участникът, определен за изпълнител, представя документите преди сключване на договор за обществена поръчка. " Установява се още, че в документацията на възложителя е посочено, че „ Участникът следва да разполага със сертифицирани специалисти (минимум един квалифициран и/или сертифициран специалист) за инсталиране, въвеждане в експлоатация и гаранционно поддържане на предлаганото от участника лабораторно оборудване. Под „ сертифициран и/или квалифициран специалист " следва да се разбира: лице, което притежава удостоверение за правоспособност за работа с предлаганото оборудване, издадено от производителя на същото (или оторизиран негов представител) ". Отново възложителят изрично е посочил, че „Обстоятелството се удостоверява в раздел В: Т.. и проф. способности в Част IV: Критерии за подбор еЕЕДОП\ както и че „Поставеното изискване се доказва с документа по чл. 64, ал.1, т. 6 ЗОП - списък на персонала, който ще изпълнява поръчката (доставка), и/или на чл. на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението, в който е посочена професионална компетентност на лицата, както и документи, които доказват професионална компетентност на лицата ". По ОП № 11 с изпълнител Л. АД при сключване на договора не са представени изрично посочените от възложителя документи, които представляват предпоставка за неговото сключване. При подаване на офертата по ОП №11, участникът Л. АД е декларирал в ЕЕДОП, че разполага с един сертифициран сервизен специалист -- Н. Д., който е преминал курс на обучение при производителя за инсталиране, монтаж и гаранционно поддържане на предлаганото оборудване. При сключването на договора обаче е представен единствено Списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, в който е вписано лицето Д. и е посочена неговата професионална компетентност, без да са представени доказателства, които да доказват сочената професионалната компетентност на това лице. Във връзка с установеното, както и липсата на документи, които доказват декларираната в ЕЕДОП професионална компетентност на сочения от участника експерт, в случая липсата на „удостоверение за правоспособност за работа с предлаганото оборудване, издадено от производителя на същото (или оторизиран негов представител)" или друг еквивалентен документ, възпрепятства възможността да бъде доказано съответствието на участника с така поставения критерий за подбор. Следователно участникът- избран за изпълнител не е доказал съответствието си с така поставения критерий за подбор, поради което с него не следва да се сключва договор, по аргумент на чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП, какъвто в действителност е сключен. Правилни изводите на УО, че по ОП № 11 е определен за изпълнител участник, който не отговаря на тези критерии за подбор, с което е нарушен принципът на свободна

конкуренция,залегал в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. В случая, като резултат от извършеното от бенефициента нарушение, са налице в кумулация и трите елемента на понятието за „нередност“, установени в легалната му дефиниция, а именно: налице е нарушение на националното законодателство по обществените поръчки - чл. 112, ал. 1, т. 2 и ал. 2, т. 2 от ЗОП във връзка с чл. 62, ал. 1, т. 3 и т. 4 от ЗОП и чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, произтичащо от действие на икономически оператор - СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ „К. О.“, в качеството му на възложител, изразяващо се в неправилно прилагане на заложените критерии за подбор, (за икономически и финансови възможности - наличие на оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката и технически и професионални възможности наличие на персонал с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката), в резултат на което е определен за изпълнител участник, който не отговаря на заложените критерии за подбор, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Правилно УО е квалифицирал нарушението като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) (Наредбата). По-конкретно нарушението попада в описаната в тире първо на т. 14 хипотеза - определен е за изпълнител участник, който не отговаря на заложения критерий за подбор. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

При този изход на спора, всяка от страните има право на сторените разноски, съразмерно с уважената и отхвърлената част от жалбата, на основание чл. 78, ал.1 и ал.3 от ГПК, във вр. чл.144 от АПК. Жалбоподателят има право на разноски в общ размер на 2 264,22 лева, съобразно уважената част от иска, във връзка с поисканото адвокатско възнаграждение. Ответникът има право на юрисконсултско възнаграждение за порцесуално представителство по делото, които съдът определя в размер на 300 лева, на осн. чл.143 от АПК във вр.чл. 78 от ГПК във вр. чл.24 от Наредбата за заплащане на правната помощ, като общия размер на разноските, съответни на отхвърлената част от иска възлиза на 225 лева. След извършена съдебна компенсация на насрещните вземания, до размера на по-малкото, съдът определя, че ответникът следва да плати на жалбоподателят разноски в размер на 2 264,22 лева (две хиляди двеста шестдесет и четири лева и 22 ст.).

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 7-ми състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ, по жалбата на СУ „Св. К. О.“, срещу Решение No 0401-2/25.02.21 г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансови корекции, в частта по т. 2 (нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 от ЗОП вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП), с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % и 5 % от допустимите разходи.

ОТХВЪРЛЯ жалбата на СУ „Св. К. О.“, срещу Решение No 0401-2/25.02.21 г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансови корекции, в частта по т.1 и т.3 и т.4 на управляващия орган, с които са определени корекции по ОП в размер на 5%, 10% и 25%.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, седалище и адрес [населено място], [улица], [жилищен адрес] да заплати на СУ „Св. К. О.“ разноски по делото в размер на 2 264,22 лева (две хиляди двеста шестдесет и четири лева и 22 ст.).

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България, в 14-дневен срок от съобщението.

СЪДИЯ: