

РЕШЕНИЕ

№ 15460

гр. София, 26.08.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 24.07.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **5381** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал.2 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) вр. с чл. 145 и сл. от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по повод на жалба, вх. № 19462 от 29.05.2024 г. по описа на Административен съд – София град (АССГ) и вх. № 0901-1 от 08.05.2024 г. по описа на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ (ИАПО), подадена от Институт за изследване на изкуствата при Българската академия на науките (И. при Б.), БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], представляван от директора проф. д-р Й. М. С. – Д., чрез адв. И. П. П. от САК, със съдебен адрес [населено място], [улица], ет.1, ап.1 срещу Решение № 0909-1 от 24.04.2024 г. за определяне на финансова корекция, издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП „НОИР“), с което е определена финансова корекция в размер на 25% от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенифициента за възстановяване) по засегнатия договор № 9-РД от 11.05.2020 г. с изпълнител „Смарт Софт“ ЕООД на стойност 73 950 лв. без ДДС (съответно 88 740 лв. с ДДС), като максималната стойност на финансовата корекция е 22 185 лв.

С жалбата се иска съдът да отмени като незаконосъобразен, неоснователен и немотивиран обжалвания административен акт, издаден при неспазване на

установената форма, при липса на фактически и правни основания и допуснати съществени нарушения на административноправните правила, при противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Излагат се доводи, че не е налице нито една от предпоставките на Регламент № 1303/2013 г. за нередност и съответното основание за налагане на финансова корекция. Инвокират се съображения, че не е налице допуснатото нарушение на чл. 49, ал.1 от ЗОП, тъй като е спазено от предвиждането на чл. 49, ал.2 от ЗОП в техническата спецификация да е посочено „или еквивалентно/и“. Подчертава се, че при обявяването на обществената поръчка заложените в специфичните параметри за всяка от позициите са съобразени, така че 1) да са актуални към наличното на пазара в момента; 2) да не надхвърлят като обща сума бюджета, с който разполага жалбоподателя; 3) да отговарят във възможно най- голяма степен на необходимостите на работата по проекта. Жалбоподателят посочва, че макар да изразява съгласие с тезата, че оперативната самостоятелност на възлагащия поръчката не е безгранична и има своите предели, очертани от принципите и разпоредбите на приложимото законодателство, иска да подчертае, че при поставянето на условия следва да се постигне труден баланс между обективната потребност за осигуряване на качествено изпълнение и ефективно разходване на публичните средства, от една страна и съблюдаване на всички относими изисквания на приложимото законодателство, от друга. Оспорва се наличието на нередност, както и че същата следва да бъде санкционирана. Жалбоподателят възразява и по отношение на квалификацията на констатираното нарушение „Незаконнообразна техническа спецификация по обособена позиция № 1“ и изразява несъгласието си с подвеждането му под точка 11, буква „а“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за нередности, защото не е налице дискриминационен критерий/условие/спецификация. В тази връзка посочва, че по – скоро приложение намира т.14 т Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Формулирани са подробни мотиви по съществуващото на спора в жалбата. В хода на съдебното обжалване, жалбоподателят редовно призован, не се явява, представлява се от адв. П., която поддържа жалбата, предлага да се уважи, претендира разноски, съгласно представен списък и депозира писмено становище.

Ответникът, ръководител на УО на ОПНОИР 2014 – 2020, редовно призован, не се явява, представлява се от юрк. К., който оспорва жалбата, предлагат да се отхвърли като неоснователна, претендира юрисконсултско възнаграждение и депозира писмено становище.

Административен съд София град, като обсъди доводите на страните и събраните по делото писмени доказателства, приема за установена следната фактическа обстановка: Жалбоподателят, Институт за изследване на изкуствата при Б., е бенифициент по одобрен проект № BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на Център за върхови постижения „Наследство БГ““.

В изпълнение на проекта, оспорващият е обявил обществена поръчка с предмет „Доставка и гаранционна поддръжка на оборудване (компютърна техника и периферни устройства, скенери, фото техника, видео техника и аудио техника) за нуждите на Институт за изследване на изкуствата към Българската академия на науките“ и е сключил договор № 9-РД от 11.05.2020 г. за обособена позиция № 1, с изпълнител „Смарт Софт“ ЕООД, на стойност 73 950,00 лв. без ДДС (съответно 88 740,00 с ДДС).

Във връзка с окончателен доклад на ИА „Одит на средствата от ЕС“, в който са

представени резултатите т проверка за искане за междинно плащане № 13 по проект № BG05M2OP001-1.001-0001 , ответникът е извършил повторна проверка на посочената обществена поръчка, при която е констатирал съмнение за нередности, които са му дали основание за започване на производство по определяне на финансова корекция, съгласно чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (в редакцията преди 01.07.2022 г.).

В резултат на доклада, ръководителят на УО на ОПНОИР е изпратил писмо до жалбоподателя с изх. № 090-1 от 24.01.2024 г., в което е посочено, че е установена незаконосъобразна техническа спецификация по обособена позиция № 1, констатирана на база броя и вида на артикулите в предмета на поръчката; - броя и вида на изискванията от техническите спецификации; - изискванията за доказване на техническите характеристики на предложеното оборудване и наличието на информация за други артикули, които отговарят на всички изисквания на възложителя.

В двуседмичния срок от получаване на писмото, жалбоподателят е депозирал възражение.

Административната процедура приключва с издаването на Решение за определяне на финансова корекция № 0901-1 от 24.04.2024 г., с което е определена финансова корекция в размер на 25% от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ по договор № 9-РД от 11.05.2020 г., с изпълнител „Смарт Софт“ ЕООД на стойност 73 950 лв. без ДДС или 88 740 лв. с ДДС. Финансовата корекция е извършена по реда на чл. 75, ал.1 от ЗУСЕФСУ, като за верифицираните с Решения № 0401-25 от 02.04.2021 г., № 0401-73 от 21.10.2021 г. и № 0401-75 от 21.10.2022 г. разходи, платени със средства на ЕСИФ по същия договор, бенефициентът дължи възстановяване в съответствие с реда и начина на възстановяване на дължими средства, посочени в чл. 43, ал.1, т. 1 от Наредба № Н-3 от 22.05.2018 г. за определяне на правилата за плащанията, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество. Подлежащата на доброволно възстановяване сума е в размер на 22 185 лв.

По отношение незаконосъобразността на техническата спецификация по обособена позиция № 1 е посочено, че съгласно техническите спецификации от документацията за поръчката на доставка по обособена позиция № 1 подлежат 22 типа артикули, които трябва да отговарят на определен брой изисквания/технически характеристики. С включването на 22-те типа артикули в един предмет, без обособяването му по позиции при отчитане на специфичните потребности на възложителя и с включването в предмета на обособената позиция за доставка на компютър Apple iMac Pro 27, необосновано се ограничават икономическите оператори, които могат да изпълнят една част от доставките, но не целия предмет на поръчката.

На следващо място, е обърнато внимание на броя и вида на изискванията от техническите спецификации, като е посочено, че за някои от предвидените за доставка 22 продукта възложителят е поставил многобройни изисквания, а именно: - за позиция 1 – настолен тридесет и две ядрен компютър – над 100 изискванията; - за позиция 2 – монитор – над 50 изисквания; - за позиция 7 – мишка – над 18 изисквания; - за позиции 16 и 17 – рутери – съответно над 40 и над 80 изисквания и др.

Част от изискванията са за доказване на конкретни физически параметри като тегло

или размери на съответния артикул, например: - за настолен компютър – 63.7x28.8x60.2 см, с допустимо отклонение 5 мм и тегло 12,00 кг, с допустимо отклонение 0,1 кг.; - за монитор – размери и тегло на продукта със и без стойка, включително са изискани размери и с опаковката на продукта. Към монитора са поставени изисквания за множество поддържани езици, сред които два вида китайски език, полски, бразилски, португалски и др.; - за мишката – височина x широчина x дълбочина: 97.7 мм (3.85 инч) x 61.5 мм (2.42 инч) x 35.2 мм (1.39 инч), с допустимо отклонение 5 мм и тегло 70.5 г. (2.49 oz) с батерия, с допустимо отклонение 20 г. М. следва да притежава и N. receiver (височина x широчина x дълбочина): 6.6 мм (0.24 инч) x 14.4. мм (0.57 инч) x 18.7 мм (0.74 инч) с допустимо отклонение 2 мм; - за външна памет – височина 22 мм, дълбочина 111 мм и широчина 82.4 мм, с допустимо отклонение 1 мм и тегло 0.234 кг с допустимо отклонение 0,00 кг. – хард диск по позиция № 11 – височина 26.1 мм, с допустимо отклонение 2 мм, дълбочина 147 мм, с допустимо отклонение 2 мм и ширина 101.6 мм, с допустимо отклонение 2 мм и тегло 0.75 кг, с допустимо отклонение 5 гр.

Направен извод, че с поставянето на значителен брой технически изисквания, в това число за размер и тегло на опаковките на продуктите, конкретни размери у тегло на мишка или външна памет, които нямат отношение към функционалните възможности на съответните продукти, се ограничава без правно основание възможността да се постигне съответствие с всички първоначално обявени от възложителя условия, включително да се покрият изискванията за доказване на съответствието с изискванията на възложителя.

По отношение на изискванията за доказване на техническите характеристики на предложеното оборудване, административният орган е посочил, че в т. 2.10 от документацията за поръчката възложителят е изискал техническото предложение на участниците да включва задължително: - техническа документация (каталози, брошури, листове с технически данни/технически характеристики и/или др.) и/или посочен линк към официалната интернет страница на производителя на оборудването, предмет на поръчката, която позволява да се направи съпоставка между минималните изисквания на възложителя и техническите параметри на предложеното оборудване. Направен е извод, че така се дава необосновано предимство на тези продукти и модели, за които възложителят има информация, че отговарят на заложените технически изисквания, включително отговарят на изискването за доказване наличието на конкретната техническа характеристика.

По отношение наличието на информация за други артикули, които отговарят на всички изисквания на възложителя, в хода на проверката от Одитния орган е поискана информация за това дали на характеристиките от спецификацията за всеки един от продуктите за обособена позиция № 1 отговаря поне още един продукт от различен от предложението от избрания изпълнител производител. Направената е съпоставка между заложените в техническата спецификация изисквания за отделните артикули, събраната информация от възложителя при предварително направено пазарно проучване и предоставени линкове от участниците – кандидати в обществената поръчка. На база на посочената съпоставка ръководителят на УО е стигнал до заключение, че не са представени доказателства, че предложените алтернативни продукти отговарят на всички изисквания на възложителя. Следователно липсва информация, че друго оборудване, извън предложеното от избрания изпълнител, отговаря на изискванията от спецификацията или че други участници биха могли да

участват в процедурата, като предложат оборудване с идентични или сходни параметри, но произведено от други икономически оператори. За поставените от бенефициента минимални технически изисквания към доставките по обособена позиция №1 не са налични доказателства, че не водят до необосновано ограничение на конкуренцията.

В заключение е посочено, че предвид изложеното в т. 1.1 - т. 1.4 на обжалвания административен акт с поставянето на значителен брой и вид на артикулите в предмета на поръчката по обособена позиция № 1, наличието на множество на брой и вид технически характеристики в техническите спецификации, наличието на изискване за доказване на всички технически характеристики на предложеното оборудване и с липсата на информация и доказателства за други артикули, които отговарят на всички изисквания на възложителя за всяка от 22 групи артикули, възложителят незаконосъобразно е ограничил участието на заинтересованите икономически оператори в процедурата, като е създал необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

Ответникът е приел, че констатираното от него представлява нарушение на чл. 49, ал.1 и ал. 2 във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 от ЗОП, тъй като възложителят не е осигурил равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и е създал необосновани пречки пред възлагането ѝ в условията на конкуренция, защото е поставил над 300 минимални технически и функционални изисквания към доставките по обособена позиция № 1, които не може да се покрият от друго оборудване, извън предложеното от избрания изпълнител. Поради незаконосъобразните технически спецификации, икономическите оператори, които биха могли да предложат оборудване с идентични или сходни параметри, са възпрепятствани да участват в процедурата.

Посочено е, че това нарушение представлява нередност по т.11, буква „а“ 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 на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредба за нередности), за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто от разходите по сключения договор. При определяне на основанието и размера на финансовата корекция за нередност за така определеното нарушение, УО е приел, че са налице всички елементи от фактическия състав на нарушението по т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 на Наредбата за нередности, а именно налице е нарушение чрез определянето на незаконосъобразна техническа спецификация на обществената поръчка, като възложителят е включил в техническата спецификация условия, които водят до ограничаване на участниците в конкретна процедура за възлагане на обществената поръчка. За това нарушение е предвидено определяне на финансова корекция в размер на 10 % от поисканите за възстановяване разходи по сключения договор.

Що се касае до втората нередност – Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция № 1, ответникът е посочил наличие на нарушение на чл. 107, т. 2, буква „а“ и чл. 121, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, тъй като възложителят не е осигурил равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и е създал необосновани пречки пред възлагането ѝ в условията на конкуренция, като в хода на процедурата е променил техническите спецификации или ги е приложил неправилно, в резултат на

което за изпълнител е определен кандидатът или участникът, който не отговаря на техническите спецификации.

Като резултат от извършените от бенефициента нарушения, подробно описани в писмо № BG05M20P001-1.001-0001-C03-M437 от 24.01.2024 г., е прието, че е налице одитна следа, че с приложената към офертата информация, избраният изпълнител е доказал, а назначената от възложителя комисия е удостоверила, че предложените 22 групи артикули отговарят на всяко едно от поставените изисквания в спецификацията. Предложените за доставка продукти по позиции № 7,11,19 и 21 са описани като неотговарящи на всички изисквания от техническите спецификации. При това положение е направен извод, че офертата на избрания изпълнител „Смарт Софт“ ЕООД по позиция № 1 не съответства на изискванията на възложителя. На следващо място е посочено, че комисията по избор не е установила това несъответствие и вместо да го отстрани, го е определила за победител.

След извършен анализ на естеството и сериозността на посочените нарушения и на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (редакция преди 01.07.2022 г.) и чл. 2, ал. 1 и чл. 5, ал. 1 от Наредбата, за гореописаното нарушение Управляващият орган е предложил финансова корекция в размер на 25 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 засегнатия договор.

Второто нарушение представлява нередност по т. 14 и т. 16, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

При определяне на основанието и размера на финансовата корекция за нередността, УО взе предвид следните обстоятелства: - Нередността е за нарушения при възлагането на обществена поръчка след влизането в сила на Закона за обществените поръчки (обн., ДВ, бр. 13 от 2016 г., приложима редакция ДВ, бр. 107 от 18.12.2020 г.), поради което попада в обхвата на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата; - Налице е в неправилно прилагане на техническата спецификация, в резултат на което вместо да бъде отстранен, е определен за изпълнител участник, който не отговаря на тази техническа спецификация и съответно са налице всички елементи от фактическия състав на нарушение по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, а именно: „критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което: определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации“,

като за нарушението е предвидено определяне на финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по сключения договор; и Налице е недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка, т.е. налице са всички елементи от фактическия състав на нарушение по т. 16, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, а именно: изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност. За описаното нарушение е предвидено определяне на финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по сключения договор.

Допълнително е посочено, че нарушението, описано в т. 2, представлява нередност по т. 14 и т. 16, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по сключения договор.

При спазване принципа за некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най- високата от тях (чл. 7 от Наредбата), е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по сключения договор (за нарушението по т. 14 и т. 16, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата), който е най-високият процент финансова корекция, предвиден за констатираните нарушения.

Жалбоподателят оспорва тези изводи на Ръководителя на УО.

В хода на съдебното производство са приети като писмени доказателства по делото представените с жалбата, административната преписка и допълнително ангажираните от оспорващия писмени документи.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 8 –ми състав направи следните правни изводи:

Жалбата е подадена в срока по чл. 146, ал.1 от АПК от процесуално легитимирано лице, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е ОСНОВАТЕЛНА.

Съобразно разпоредбата на чл. 168, ал. 1 от АПК, съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Решението на ръководителя на УО на ОП НОИР за определяне на финансови корекции е издадено след като Управляващият орган е дал възможност на бенефициента за възражения по основателността и

размера на предложените финансови корекции, което производство е започнало с писмо до бенефициента. В законоустановения срок бенефициентът е представил своите възражения по основателността и размера на финансовите корекции. След разглеждане и анализ на представените възражения УО не приел твърденията на бенефициента, като в мотивите на издадено решение е обсъдил представените от бенефициента възражения и е изложил подробни и обосновани аргументи за неприемане на всяко от твърденията във възражението.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал.1 от ЗУСЕСИФ във връзка с §70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ. В правните изводи на решението за налагане на финансова корекция е посочено, че финансовата корекция се налага за нарушение на чл. Чл. 49, ал.1 и ал.2 във връзка с чл. 2, ал.1, т. 1 и 2 и ал. 2 от ЗОП, за което по т. 11, буква „а“ 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 ЗУСЕСИФ и нарушение на чл. 107, т. 2 , буква „а“ и чл. 121, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал.1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, за което по т.14 и т. 16, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за нередности.

Със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) (ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като 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. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Ето защо за настоящото съдебно производство, доколкото същото е с предмет административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период

2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконовни нормативни актове.

Съгласно чл. 73, ал.1 от ЗУСЕФСУ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (в относимата редакция) финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: 9. 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 ЕФСУ. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено.

В процесното решение е посочената като нарушена норма на чл. 49, ал.1 и ал.2 във връзка с чл. 2, ал.1, т. 1 и 2 и ал.2 от ЗОП и чл. 107, т. 2, буква „а“ и чл. 121, ал.2 във връзка с чл. 2, ал.1, т.1 и т. 2 от ЗОП. Съгласно чл. 49, ал. 1 и 2 от ЗОП „(1)Техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. (2) Техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти. По изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал. 1 (Възложителят определя техническите спецификации съобразно изискванията на приложимите нормативни актове в съответната област, като прилага някой от следните начини: 1. чрез посочване на работните характеристики или функционалните изисквания, включително екологичните, които позволяват точно определяне на параметрите на предмета на поръчката; 2. чрез посочване в следния ред на: а) български стандарти, които въвеждат европейски стандарти; б) европейски технически оценки; в) общи технически спецификации; г) международни стандарти; д) други стандартизационни документи, установени от европейски органи по стандартизация, или когато няма такива – чрез български стандарти, български технически одобрения

или български технически спецификации, отнасящи се до проектирането, метода на изчисление и изпълнение на строителството, както и до използването на стоките; 3. чрез определяне на работни характеристики или на функционални изисквания чрез посочване на спецификации по т. 2, позоваването на които се приема за постигане на съответствие с изискванията за работните характеристики или функционални изисквания; 4. чрез спецификации по т. 2 за част от характеристиките, а за други – чрез посочване на работните характеристики или функционалните изисквания по т. 1.), се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите "или еквивалентно/и".

В чл. 107, т., 2, буква „а“ от ЗОП е предвидено, че възложителят отстранява „2. участник, който е представил оферта, която не отговаря на: а) предварително обявените условия за изпълнение на поръчката;“ , а чл. 121, ал. 2 (редакция в сила от 2019 г.) предвижда, че „Досието съдържа всички решения, обявления, документацията и други допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 – 5 ((3) Оценяването на проектно предложение за системен проект и на финансов план за бюджетна линия се извършва в срок до един месец от датата на подаването им. (4) При установяване на нередовности, непълноти и/или несъответствия на документите по ал. 1 съответният управляващ орган изпраща на конкретния бенефициент уведомление за установените нередовности, непълноти и/или несъответствия и определя разумен срок за тяхното отстраняване, който не може да бъде по-кратък от една седмица. Уведомлението съдържа и информация, че неотстраняването им в срок може да доведе до прекратяване на производството по отношение на конкретния бенефициент. Срокът по ал. 2 и 3 спира да тече до датата на тяхното отстраняване. (5) Оценяването се извършва по реда, определен в документите по чл. 26, ал.1 за съответната процедура.), описание на причините, поради които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол – и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане.“.

Основните принципи са регламентирани в чл. 2 от ЗОП, като в случая ответникът се е позовал на чл. 2, ал.1, т.1 и 2 и ал. 2, които гласят, че „(1) 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; и (2) 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.“

По отношение на първото нарушение, квалифицирано като такова по чл. 49, ал.1 и ал. 2 от ЗОП, настоящият съдебен състав, намира че в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи изискванията към потенциалните участници, като при спазване на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП, е необходимо същите да не 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. По аргумент от чл. 70, ал. 1 ЗОП обществените поръчки се възлагат въз основа на икономически най-изгодната оферта. За да определи коя оферта съответства в най-пълна степен на посоченото законово изискване, възложителят поставя един от изброените в разпоредбата на чл. 70, ал. 2 ЗОП критерии за възлагане.“ (в този смисъл е решение № 103 от 5.01.2023 г. на ВАС по адм. д. № 6567/2022 г., VII о., докладчик председателят В. А.). Нормата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП въвежда правилото, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Изискването за определяне на техническите спецификации съответства на принципа по чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съгласно който възложителите на обществени поръчки нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. (решение № 124 от 05.01.2023 г. на ВАС по адм. дело № 10053/2022 г., IV отд.). Тези изводи се подкрепят и от разбирането, че съгласно чл. 49, ал. 2 от ЗОП техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би

довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти. По изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал. 1, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“. (решение № 287 от 09.01.2018 г. на ВАС по адм. дело № 11496/2017 г. , IV отделение.

По силата на чл. 48, ал. 1, т. 1 от ЗОП в правомощията на възложителя е да определи техническите спецификации съобразно изискванията на приложимите нормативни актове в съответната област, чрез посочване на работните характеристики или функционалните изисквания, включително екологичните, които позволяват точно определяне на параметрите на предмета на поръчката. С включването на тези изисквания с техническата спецификация към документацията по чл. 31, ал. 1, т. 1 от ЗОП, те стават задължителни и всички участници са длъжни да се съобразяват с тях и несъобразяването им е основание за приложение на разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП за отстраняване от участие, поради обстоятелството, че представената оферта да не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката (Решение № 336 от 17.01.2022 г. на ВАС по адм. д. № 11619/2021 г., IV о., докладчик съдията В. П.)

Предвид горното, настоящият съдебен намира, че неправилно Ръководителят на УО на ОПНОИР е приел, че е налице нарушение на чл. 49, ал.1 и ал. 2 във връзка с чл. 2, ал.1, т.1 и т. 2 и ал. 2 от ЗОП, тъй като не е взел предвид обстоятелството, че в случая се касае за обществена поръчка с предмет конфигурация на компютърни системи и в частност по обособена позиция № 1 – компютърна конфигурация. Тук следва да се обърне внимание на обстоятелството, че в техническата спецификация са изброени параметрите, на които следва да отговоря въпросната компютърна система, като само един от тези параметри е размерът на дисплея – 27 инча.

Административният орган в писмо № 0901-1 от 24.01.2024 г. за стартиране на процедурата по определяне на финансова корекция (л. 40 и сл.) се позовава на решението по дело С-413/17 на СЕС, с което е даден следният отговор: „Членове 18 и 42 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО трябва да се тълкуват в смисъл, че не задължават възлагащия орган при изготвянето на техническите спецификации на покана за представяне на оферти, предмет на която е придобиването на медицински изделия, по принцип да отдава предимство или на важността на индивидуалните характеристики на медицинските уреди, или на важността на резултата от функционирането на тези уреди, а изискват техническите спецификации, разглеждани като цяло, да зачитат принципите на равно

третиране и на пропорционалност.“. В т. 38 е дадено разяснение какво се разбира под „зачитане на принципите на равно третиране и на пропорционалност“, а именно „когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо съгласно член 42, параграф 3 от същата директива, може да се посочи конкретен модел или източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен икономически оператор, или пък търговска марка или патент, стига предметът на поръчката да оправдава това и да са изпълнени условията, определени за целта от Директива 2014/24, по-специално при такава препратка в документите за поръчката да се добавят думите „или еквивалентно(и)“. С оглед на факта, че тази разпоредба представлява дерогация, условията, при които възлагащият орган може да използва подобна възможност, трябва да се тълкуват стеснително.“.

Видно от техническата спецификация, възложителят при описание на параметрите на позиция 1 предварително е добавил „думите „или еквивалентно(и)“. Следователно е спазил изискването на чл. 49, ал.2 от ЗОП и не може да се приеме за законосъобразен изводът на ответника за допуснато нарушение на тази разпорежда. Още повече, че жалбоподателят не е посочил конкретен производител на отделните компоненти, а е дал технологичните им характеристики. По тази причина изрично в т.2.10 на Техническа спецификация е записано, че „Предлаганите от участниците стоки трябва да съответстват или да надвишават в техническото отношение посочените минимални изисквания в техническите спецификации на Възложителя. Техническото предложение на участниците трябва да включва задължително техническа документация (каталози, брошури, листове с технически данни/технически характеристики и/или др.) и/или посочен линк към официалната интернет страница на производителя на оборудването, предмет на поръчката, която позволява да се направи съпоставка към минималните изисквания на Възложителя и техническите параметри на предложеното оборудване.“ (л. 202 гръб).

При една съпоставка между изложеното от ответника и посочения текст на т.2.10 от Техническата спецификация се установява, че последният е пренебрегнал предписанието на изречение първо, с което се дава оперативна самостоятелност на участниците в процедурата да се съобразят с описаните минимални характеристики и им е дадена възможност надвишават в техническо отношение минималните изисквания, посочени от Възложителя. Вместо това ръководителят на УО се е ограничил до излагането на коментари по отношение на второто изречение на цитирания текст, като се спрял основно на поясненията, дадени в скоби.

Не на последно място следва да се посочи, че за съда е несъстоятелен

аргумента на ответника за разделяне на обществената поръчка на отделни сегменти, тъй като с предприемането на такъв подход няма да се получи целения ефект и закупуването на стока, която ще удовлетвори напълно нуждите на възложителя.

По така изложените съображения, настоящият съдебен състав намира жалбата за основателна по отношение на първото констатирано нарушение, за което е наложена финансова корекция в размер на 10%

По отношение на второто констатирано нарушение – „Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция №1, настоящият съдебен състав отново намира жалбата за основателна, тъй като посоченото нарушение на чл. 107, т. 2, буква „а“ ЗОП е свързана с разгледаното първо нарушение. Следва да се има предвид, че целта на процедурата за избор на изпълнител не е само да бъде избран изпълнител, който има възможност да изпълни предмета на поръчката, а и такъв, който ще я изпълни по начин, който съответства на заложените от възложителя изисквания. В тази връзка е и нормата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, която предвижда участник, представил оферта която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката, да бъде отстранен от участие (Решение № 14 от 3.01.2023 г. на ВАС по адм. д. № 10564/2022 г., IV о.). За да бъде отстранен участник от провежданите по ЗОП процедури, е необходимо представена от него оферта да не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката - чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП (Решение № 787 от 24.01.2024 г. на ВАС по адм. д. № 9834/2023 г., VII о.) . В настоящия случай не може да се приеме, че предложената от „Смарт Софт“ ЕООД оферта не отговаря на техническите спецификации на обявената от жалбоподателя обществена поръчка.

Съдът не може да се съгласи с изводът на ръководителя на управляващия орган, че е допуснато нарушение на чл. 121, ал. 2 ЗОП, тъй като от приетите по делото писмени доказателства по безспорен начин се установява, че жалбоподателят е спазил изискванията на закона за съдържание на документацията по процесната поръчка. Тук следва да се обърне внимание, че председател на оценителната комисия е системният администратор в администрацията на оспорващия (л. 104), т.е. същият следва да притежава необходимите специални знания. Отделно от това в самото техническо предложение на спечелилия кандидат в табличен вид е описана офертата, която предлага по начин, по който да може да се направи сравнение. Не на последно място трябва да се посочи, че кандидатът е предоставил линкове към страниците на производителите на предлаганите стоки (л.84 гръб и л. 85), които могат да бъдат проверени.

По така изложените съображения, настоящият съдебен състав приема, че не е налице нарушение на чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗОП (в относимата

редакция) и съгласно практиката на ВАС (Решение № 1125 от 8.02.2022 г. на ВАС по адм. д. № 8531/2021 г., VII о.) не е налице нередност, което прави ненужна проверката от съда на квалифицирането на нередността, за която е определена финансова корекция. Независимо от това и с цел пълнота на изложение, съдът намира да отбележи, че намира жалбата за неоснователна именно в тази част. Правилно ръководителя на УО е посочил, че с нарушаването на чл. 49, ал.1 и 2 вр. чл. 2, ал.2 от ЗОП, чл. 107, т.2, б. „а“ и чл. 121, ал.2 от ЗОП са налице нередности т. 11, б. „а“, т. 14 и т. 16, б.„а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите.

Предвид изложеното оспореното решение се явява издадено от компетентен орган, при спазване на установената форма, и при неправилно прилагане на материалния закон, поради което жалбата срещу него следва да се уважи, а административният акт да се отмени.

При този изход на спора и на основание чл. 143, ал.3 от АПК на жалбоподателя следва да бъдат присъдени сторените съдебно – деловодни разноски в размер на 1978,00 лв., от които 178,00 лв. – държавна такса и 1800,00 лв. – адвокатско възнаграждение.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2, Административен съд София- град, III-то отделение, 8 - ми състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № 0909-1 от 24.04.2024 г. за определяне на финансова корекция, издадено от Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП „НОИР“), с което е определена финансова корекция в размер на 25% от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенифициента за възстановяване) по засегнатия договор № 9-РД от 11.05.2020г. с изпълнител „Смарт Софт“ ЕООД на стойност 73 950 лв. без ДДС (съответно 88 740 лв. с ДДС), като максималната стойност на финансовата корекция е 22 185 лв.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ да заплати на Институт за изследване на изкуствата при Българската академия на науките, БУЛСТАТ[ЕИК] сумата в размер на 1978,00 /хиляда деветстотин седемдесет и осем / лева, представляваща съдебно – деловодни разноски.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14 дневен срок от съобщението.

СЪДИЯ: