

РЕШЕНИЕ

№ 2005

гр. София, 28.03.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 28.02.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **11232** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – 178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), заглавие изм. с ДВ бр. 51 от 2022г., в сила от 01.07.2022 г., преди това Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Институт по физика на твърдото тяло „Академик Г. Н.“ (И.) към Българска академия на науките, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], [населено място], [улица], представляван от директора проф. дфн Х. Ш., срещу Решение рег. № 0901-21/12.10.2021 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващ орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП „НОИР“), с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор № СБ-12-02-13/02.12.2020 г. с изпълнител „Амекам В. Фалински“, Полша на стойност 467 000 лева без ДДС.

С жалбата се релевират доводи за незаконосъобразност на оспорвания административен акт поради издаването му при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и в противоречие с материалноправни разпоредби. Твърди се, че административният орган не е взел предвид

обстоятелството, че възложител по процесния договор с полския изпълнител освен жалбоподателя е и Технически университет – С., поради което не е изследвал и не е установил безспорно, че именно извършените от И. действия или бездействия са довели до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тази връзка се поддържа, че не е доказано основанието за ангажиране на отговорността на жалбоподателя, дефинирано като нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013, представляващо основание за налагане на финансова корекция. В тази връзка се твърди, че оспореният акт е издаден в противоречие с материалния закон. Оспорват се изводите на административния орган като незаконосъобразни и необосновани, постановени в противоречие с действителното правно и фактическо положение, като се твърди, че проведената процедура за възлагане на обществената поръчка и определянето на изпълнител за законосъобразни. Жалбоподателят счита, че органът неправилно е тълкувал техническите параметри на предложената от избрания изпълнител оферта с оглед заданието на възложителя. Излага аргументи, че назначената комисия в процедурата по ЗОП е съставена от експерти в съответната научна област – лазерни технологии, и поради това че системата – предмет на доставка, представлява сложна технологична научна апаратура, именно специалисти с такава компетентност са в състояние да извършат преценката относно съответствието на предложените оферти с техническото задание на възложителя. Излагат се конкретни аргументи по всеки параметър на последното в смисъл, че офертата на изпълнителя ги покрива, а по някои от показателите дори надхвърля изискванията на възложителя. Твърди се, че не са нарушени разпоредбите на ЗОП и в случая са изпълнени принципите, заложи в чл. 2 от с.з., включително принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Жалбоподателят поддържа, че не са налице в кумуляция трите елемента на понятието за „нередност“, установени в легалната дефиниция съгласно чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013 г.: нарушение на националното законодателство по чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, във връзка с чл. 101, ал. 5 от ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП; финансово отражение, тъй като по договора законосъобразно и ефективно са разходвани средствата в резултат на законосъобразен избор на изпълнител; като няма нарушения на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация или на свободна конкуренция. С оглед на това счита, че не е осъществен фактическия състав на нередност по т. 14, тире първо от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 06.03.2020 г.), съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по реда на глава четвърта от ЗУСЕСИФ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. На следващо място, се релевират доводи за неправилно приложение на императивната разпоредба на чл. 72, ал. 1 и ал. 2 от ЗУСЕСИФ относно определяне размера на финансовите корекции при отчитане естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ, тъй като размерът на финансовата корекция трябва да е равен на

реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства - допустими разходи, а в случая това не е доказано от органа. Моли за отмяна на оспорвания административен акт като незаконосъобразен поради противоречие с материалния и процесуалния закон и претендира направените по делото разноски.

В проведените по делото открити съдебни заседания жалбоподателят се представлява от юрк. А., която поддържа жалбата. Претендира съдебни разноски по представен списък. Представя писмени бележки, в които подробно излага аргументи за уважаване на жалбата.

Ответникът - изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ и Р. на ОП „НОИР“ – се представлява по делото от юрк. С., който оспорва жалбата като неоснователна и недоказана и моли да бъде отхвърлена. Излага подробни аргументи в представени писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител в производството и не изразява становище по жалбата.

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

Безспорно е, че съгласно административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M20P001-1.001-0008-C01/28.02.2018 г. И. по физика на твърдото тяло към Б. е бенефициер по проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“, финансиран от Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“ /ОП НОИР/.

Съгласно споразумение от 19.05.2020 г. между И. - [населено място] и Технически университет – [населено място] същите се договарят относно съвместното възлагане на обществена поръчка с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционно обслужване на Субпикосекундна Лазерна Система за изследване и разработване на високоскоростни микро- и нанотехнологии“, финансирана чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“, и са определени организационни, технически и финансови въпроси, свързани с провеждане на процедурата, сключването на договора и разпределението на доставката, предмет на поръчката. С оглед постигнатите уговорки страните ще закупят и придобият в съсобственост апаратура при следното съотношение: за И. – 25.06 %, за Технически университет – С. – 74.94 %, при определена максимална цена от 467 055.20 лв. без ДДС. В чл. 4 е посочено, че провеждането на процедурата ще се извърши от И. – Б. като организатор, като следва да вземат участие и представители на другия възложител, а решението за избор на изпълнител ще бъде подписано от директора на И..

Във връзка с горното в качеството му на възложител жалбоподателят е провел обществена поръчка - открита процедура по ЗОП с предмет: „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционно обслужване на Субпикосекундна лазерна система за изследване и разработване на високоскоростни микро- и нанотехнологии“.

Представени са техническата спецификация /техническо задание/ за провеждане на открита процедура по възлагане на обществена поръчка с горепосочения предмет, три броя протоколи от работата на назначената със заповед № РД-09-102/23.07.2020 г. на проф. дфзн Х. Ш. /директор на И. – Б./ комисия, както и доклад на комисията относно отваряне и класиране на получените оферти за участие в процедурата, всички

подписани от членовете на комисията, които са представили декларации за обстоятелствата по чл. 103, ал. 2 от ЗОП, чл. 51, ал. 8, ал. 13 и чл. 52, ал. 2 от ППЗОП. От посочените писмени доказателства се установява, че в процедурата е участвал само един оферент – „Амекам В. Фалински“, Полша, който е избран за изпълнител с Решение № РД-09-116/16.09.2020 г. на проф. дфзн Х. Ш.. Установява се, че предложението му е получило максимален брой от 100 точки като сбор от оценката по показателите „срок за изпълнение“, „условия за гаранционен сервиз“ и „предложена цена“. Предложената от участника цена е 467 000 лв. без ДДС, което е под заложената прогнозна стойност на поръчката, посочена от възложителите в сключеното между тях споразумение, описано по-горе.

Въз основа на горното е подписан договор № СБ-12-02-13/02.12.2020 г. между И. – Б. и Технически университет – С., от една страна, като възложители, и „Амекам В. Фалински“, Полша, от друга – като изпълнител на доставка с предмет – субпикосекундна лазерна система за изследване и разработване на високоскоростни микро- и нанотехнологии.

Съгласно представен приемо-предавателен протокол за доставки всички артикули, описани в табличен вид, които са предмет на договора с изпълнител „Амекам В. Фалински“, Полша, по проведена обществена поръчка, са доставени, инсталирани, въведени в експлоатация и тествани в работен режим в лаборатория в сградата на И. и отговарят на техническата спецификация. Установено е, че всеки един от артикулите работи съгласно предвидените фабрични параметри. Протоколът е подпечатан и подписан от представляващи двете страни лица.

Преди плащане на средства от ЕСИФ във връзка с искане за плащане ПОД № 15 от 20.07.2021 г. на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ с писмо № 0901-18/03.09.2021 г. на изп. директор и ръководител на УО е уведомен жалбоподателят, че във връзка с проверка на документи по проведена обществена поръчка с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционно обслужване на Субпикосекундна лазерна система за изследване и разработване на високоскоростни микро- и нанотехнологии“, финансирана чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“, с възложители И. и ТУ – С., е констатирано съмнение за нередност, която е основание за определяне на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /сега ЗУСЕФСУ/, а именно нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта на ЗУСЕСИФ, извършено чрез действие и бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата от ЕСИФ. Изложена е констатираната фактическа обстановка, въз основа на която е направен извод, че са неправилно приложени техническите спецификации в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител участник, който не отговаря на тях, като са посочени конкретните параметри, по отношение на които е установено несъответствието. Посочено е, че при определяне на основанието и размерът на финансовата корекция за извършената нередност следва да бъде приложена т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба 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.), в която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. Указано е на бенефициера, че може да представи писмени възражения и

доказателства по основателността и размера на финансовата корекция в срок от две седмици.

Представени са писмени възражения изх. № 555/20.09.2021 г. от представляващите възложителите, с което се оспорват констатациите и изводите за наличие на предпоставки за налагане на финансова корекция, като са изложени конкретни аргументи по всеки от параметрите, сочени в горното писмо от Р. като несъответстващи на техническото задание.

Цялата кореспонденция между жалбоподателя и Р. на ОП „НОИР“ е осъществявана чрез ИСУН 2020.

С оспореното решение № 0901-21/12.10.2021 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, вр. с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, вр. чл. 101, ал. 5 ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, вр. с т. 14, предложение първо 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 ЗУСЕСИФ, на И. - Б., е определена финансова корекция в размер 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициера за възстановяване/ по договор № СБ-12-02-13/02.12.2020г. с изпълнител „Амекам В. Фалински“, Полша, на стойност 467 000лв без ДДС, респ. 560 400лв с ДДС, в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционно обслужване на Субпикосекундна Лазерна Система за изследване и разработване на високоскоростни микро- и нанотехнологии“, номер в Р. 00553-2020-0004, финансиран от Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014 – 2020“. На основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 2017 г., изменена с ПМС № 202 от 2019 г., е определена максималната стойност на финансовата корекция от 140 100 лв.

Нарушението, представляващо нередност, е квалифицирано по предложение първо на 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 - определен е за изпълнител участник, който не отговаря на техническите спецификации, за което е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. Този извод е обоснован с констатирано нарушение при провеждане на обществената поръчка на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във връзка с чл. 101, ал. 5 от ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП. В мотивите на оспорвания акт е посочено, че избраният за изпълнител не отговаря на изискванията на възложителя, заложили в техническата спецификация, по-конкретно на заложеното в т.1, 5.1, 5.2, 9 и 17 от Таблица № 2 „Минимални изисквания към параметрите на скенер със сканираща леща, за водене на лазерният лъч в работното поле на СЛС“. Посочено е, че представените от изпълнителя в хода на процедурата извлечения от официални каталози и/или проспекти и/или брошури и/или технически спецификации от производител не потвърждават офертираните от него технически характеристики на посочените параметри по т. 1, 5. 1, 5.2, 9 и 17 от Таблица № 2 и по т. 7 от Таблица №

7, поради което УО счита, че офертата не отговаря на изискванията на възложителя, следователно участникът е следвало да бъде отстранен от по-нататъшно участие на основание чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП, но вместо това е бил избран за изпълнител. За да стигне до горния извод административният орган е приел, че от представената от участника „Амекам В. Фалински“, Полша, документация към офертата не се установяват следните заложи от възложителя минимални изисквания на апаратурата, предмет на доставка, включени в Таблица № 2:

1. „Апертура на входа на скенера“ – „ $> 14 \text{ mm}^2$ “;
2. „Скорост на маркиране“ /при използване на фокусираща леща с 160 mm фокусно разстояние/ - „ $< 2 \text{ m/s}^2$ “;
3. „Скорост на позициониране“ /при използване на фокусираща леща с 160 mm фокусно разстояние/ - „ $< 5 \text{ m/s}^2$ “;
4. „Максимална средна мощност на лазерното лъчение“ - „ $< 200 \text{ W}$ за $\lambda = 1064 \text{ nm}$ “;
5. „Поддръжка за използването на управляващи сигнали от другите модули на СЛС“ – „ $< 15 \text{ ns}$ “.

По отношение на данните от Таблица 7 - параметър: „Ортогоналност“ органът е приел за основателно възражението на жалбоподателя поради предвидената в предложението на изпълнителя възможност съгласно приложената брошура за избор от оператора на опция измежду горепосочените възможности за $20, 5$ или 1 arc sec , тоест възложителят може да избере опцията ортогоналност с 1 arc sec , която автоматично се явява по-малка от $5 \mu\text{rad}$ и следователно отговаря на представеното техническо предложение относно заложенния параметър „ортогоналност $< 5 \mu\text{rad}$ “. В този смисъл е възприето възражението в частта му, касаеща обстоятелството, че монтажът на масичката, определяща движението по оста Z се изпълнява от избрания изпълнител, съобразно изискванията на възложителя (в случая „ортогоналност $< 5 \mu\text{rad}$ “). Поради изложеното относно този факт липсва спор по делото.

В съдебното производство е назначена съдебно-техническа експертиза с вещо лице доц. д-р Н. М. - ръководител на катедра „Математика, физика и информатика“, ЛТУ - С., чието заключение е изслушано в съдебно заседание и прието от страните без оспорване. Съдът намира заключението за безпристрастно, компетентно изготвено и даващо пълен, непротиворечив и ясен отговор на поставените въпроси.

Съгласно становището на експерта, предмет на поръчката е цяла лабораторна система, състояща се от 10 модула – различни устройства, като изпълнителят е окомплектовал този лабораторен комплекс с модули от различни фирми. По първият поставен въпрос, във връзка с параметър „апертура на входа на скенера“, която съгласно заданието следва да бъде „ $> 14 \text{ mm}^2$ “, експертът е изложил становище, че при този скенер параметрите са същите като дадените от възложителя - входната апертура на галваноскенера е точно 15 mm при използване на леща с фокусно разстояние 163 mm и съответно 14 mm при използване на леща с фокусно разстояние 100 mm , тоест заданието е изпълнено за едната леща и на границата на изискването на възложителя за другата леща. Обяснява, че при използване на лазерен източник като фемтосекундна лазерна система диаметърът на лазерния сноп е съществено по-малък (в случая той е $4,5 \text{ mm}$), така че е оправдано да се отиде на такъв скенер, а не с по-голям входен диаметър, например 20 mm , което би довело до влошаване на други показатели на системата - по-малка скорост на маркиране, значително по-скъп F-theta обектив, почти двойно по-тежък скенер, ще нарасне два пъти грешката на изписване от закъснението - от $0,15 \text{ ms}$ до $0,32 \text{ ms}$. При изслушване в съдебно заседание вещото лице уточнява във връзка с поставени въпроси от процесуалния

представител на жалбоподателя, че по принцип може да се работи, както с леща 163 mm, така и с леща с фокусно разстояние 100 mm, тъй като „отвор 15 mm означава, че максимумът е до 15 mm, без значение каква леща ще се слага. Фирмата, която предлага лещите дава препоръка...Това са препоръки на самата фирма, която е снабдила целият комплекс с този вид лещи. Първата фирма /бел. относно леща с фокусно разстояние 163 mm/ препоръчва 15 mm, а втората /бел. относно леща с фокусно разстояние 100 mm/ - 14 mm“. На въпрос на юрк. С. дава следното уточнение, че леща 163 mm дефинира перфектна работа, ако се използва апертура 15 mm, където снопът се движи в диаметър 15 mm. Ако лещата се смени с такава със 100 mm, то тя ще дефинира малко по-малко работно петно, което ще се покрива и по-точно - 14 mm, тоест ако се работи с леща с фокусно разстояние 163 mm е изпълнено заданието, а ако се работи с фокусно разстояние от 100 mm е на границата“.

По втория и третия въпрос е отговорено, че от приложената спецификация на изпълнителя скоростта на маркиране е точно 2.0 m/s, т.е. това абсолютно изпълнява заданието на възложителя. Относно скоростта на позициониране - тя е 5.0 m/s, „по този параметър може да кажем, скенерът е по-добър от желания“. Експертът е обяснил, че за различните видове лазерни технологии - маркиране, пробиване, пробиване с трепанинг, рязане, модифициране на повърхности, е подходяща различна скорост съобразно избраната операция и материал, затова трябва в заданието да е посочена една максимална скорост на движение (маркиране). В съдебно заседание на въпрос на юрк. С. вещото лице отговори, че фирмата производител винаги дава максимална скорост на маркиране, тук конкретно е 2 m/s /метра в секунда/, което означава, че може да се променя диапазонът от 0 до 2 m/s, но максимумът е 2 m/s.

По отношение на четвъртия въпрос съгласно представеното заключение вещото лице счита, че условието на възложителя е напълно изпълнено, дори с известен запас, тъй като може да се използва и над 200 W. Уточнено е в съдебно заседание, че лещите имат праг на разрушение и са устроени да издържат на определена мощност - това е така наречената енергия на площ или плътност на енергията. В случая предложението на изпълнителя дава възможност да се работи с по-голяма мощност, без да се повредят лещите.

По последния пети въпрос от заключението експертът е споделил становище, че определящ параметър в случая е максималната използвана честота, а тя е указана като равна на 300 kHz, превърната в период от време е 3,3 мкс, а това многократно надвишава времето от 15 ns. Уточнява, че от приложението за модула RTC5, където е указано: "Bitmap mode with pixel frequencies up to 300 kHz, 15 ns resolution, 0 -100% laser pulse width", е видно, че за лазерната система е без значение дали управляващите сигнали са равни или по-малки от 15 ns. Направено е заключение, че несъответствието на резолюция равна на 15 ns съгласно брошурата на модула RTC5, а присъстваща в заданието на възложителя като „<15 ns“, е несъществено за работата на СЛС комплекса.

По делото са приобщени писмените доказателства, част от административната преписка по издаване на оспорваното решение на ръководителя на УО по ОП „НОИР“.

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

По допустимостта на жалбата:

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

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения:

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

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното:

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

Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал.2 с.з. приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., като съгласно §71, ал.3 - нормативните актове по ал.2 ще се прилагат до приемането на актовете по ал.1 и за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон. Видно от изложеното по отношение процесния спор са приложими разпоредбите на закона, действали преди влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ (ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Нормите приложими в настоящото съдебно производство са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт – ДВ бр. 52 от 9 Юни 2020 г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице. В случая оспорваното решение е издадено от изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /сега ИА „Наука и образование“ съгласно изм. и доп. на Устройствения правилник ДВ, бр. 67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г./ - И. Н. П.. Съгласно чл. 2, т. 1 от Постановление № 237 от 23 октомври 2017 г. за създаване на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и за приемане на Устройствен правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж и чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на същата /обн. ДВ. бр.86 от 27 октомври 2017г., изм. и доп. ДВ. бр.24 от 22 март 2019г., изм. ДВ. бр.20 от 9 март 2021г., изм. ДВ. бр.27 от 2 април 2021г./ Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 - 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е

ръководител на управляващия орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. Съгласно представена по делото заповед № РД12-100/20.04.2021 г. на министъра на образованието и науката за изпълнителен директор на ИА ОП „НОИР“ е назначен И. Н. П., считано от 22.04.2021 г. С оглед на горното оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, както по отношение на основанието, така и по отношение на размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл.73, ал. 3 ЗУСЕСИФ е предвидено, че решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е спазено. Представени са възражения от страна на жалбоподателя, които са обсъдени от административния орган.

Съдът споделя изложените от жалбоподателя доводи за допуснати процесуални нарушения във връзка с игнориране на обстоятелството, че по процесната обществена поръчка възложител наред с И. е и ТУ – С.. Действително, съгласно представеното споразумение между двамата възложители, организирането и провеждането на процедурата е предоставено на жалбоподателя. Въпреки това следвало е органът да извърши анализ относно това кой е извършителят на твърдените от него нарушения на ЗОП, представляващи основание за налагане на финансова корекция, и да изложи мотивите си в тази насока в акта. Такива изцяло липсват. Предвид съвместното участие на двамата възложители в поръчката, съответно в съсобствеността спрямо нейния предмет, липсата на установявания в административния акт относно ТУ представлява процесуално нарушение и води до необоснованост на същия.

С оглед на горното съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона писмена форма, но при допуснати нарушения на административнопроизводствените правила и материалноправните разпоредби, както и при несъответствие с целта на закона.

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“. Разпоредбата на чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, в редакцията ДВ. бр.101 от 22 Декември 2015 г., предвижда, че чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими 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 И. – С. участва като бенефициер 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.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган в проведеното административно производство по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за завършване на фактическия състав на нередността и определяне на финансова корекция, необходимо е да са налице всички елементи от него по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административният орган е с оглед на чл. 170 ал. 1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициера по проведената обществена поръчка.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, и правилно ли е определен размерът при прилагане на диференциалния, съответно пропорционалния метод. Основание за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередност в резултат от допуснати от жалбоподателя и възложител по ЗОП нарушения на същия закон при провеждане на обществена поръчка с предмет: „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация и гаранционно обслужване на Субпикосекундна Лазерна Система за изследване и разработване на високоскоростни микро- и нанотехнологии“.

Между страните не се спори, че е проведена открита процедура за избор на изпълнител по горепосочената обществена поръчка, като с решение на възложителя е избрана офертата на единствения взел участие в процедурата доставчик – „Амекам

В. Фалински“, Полша.

Ответникът твърди, че е нарушен чл. 107, т. 2, б. “а“ от ЗОП, тъй като е допуснат до участие в процедурата и съответно е избран за изпълнител участник, чието предложение не отговаря на изискванията на възложителя. Съгласно посочената норма „възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката (доп. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г.). Във връзка с това се твърди и нарушение на чл. чл. 101, ал. 5 от ЗОП /при изготвяне на заявления за участие или оферти всеки кандидат или участник трябва да се придържа точно към обявените от възложителя условия/ и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. “б“ от ППЗОП /офертата включва предложение за изпълнение на поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя/, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП /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/.

В обявлението за провеждане на обществената поръчка възложителят е публикувал документацията за нея, като в т. VI, част „Минимални изисквания“ – стр. 5 – 13 от техническата спецификация (техническо задание) са посочени в табличен вид минималните технически характеристики, на които следва да отговарят предложенията на участниците, по отношение на всеки от компонентите на системата. В т. VI – стр. 4 от техническата спецификация, е упомената документацията, която следва да приложи участникът към офертата си за доказване изпълнението на техническото задание на възложителя. В същата точка VI от техническата спецификация (ТС) е изрично закрепено, че „всички изисквания, на които СЛС трябва да отговаря задължително, се наричат минимални изисквания“, а участници, чиито оферти не отговарят на минималните изисквания на възложителя, ще бъдат отстранени от по-нататъшно участие в процедурата.

В случая между страните се спори по отношение на гореописаните в пет точки технически показатели на втория компонент от системата, съгласно техническото задание, а именно „скенер със сканираща леща“. Относно първия от тях – по т. 1 от Таблица 2 от ТС – апертура на входа на скенера, се спори дали предложеното от избрания изпълнител оборудване отговаря на заложеното минимално изискване за апертура на входа над 14 mm. В тази връзка съдът цени заключението на вещото лице, ведно с дадените в съдебно заседание пояснения, че в случая заложеното изискване е изпълнено напълно при използване на леща с фокусно разстояние от 163 mm. Неоснователни са възраженията на ответника в тази връзка, че експертизата е неотнормисима в тази част – видно от съдържанието на Таблица 2, показателят апертура на входа на скенера не е обвързан с използването на конкретна леща, такова изискване е предвидено по отношение на заложените в т. 5 показател скорост на сканиране със сканираща леща, където се изисква леща с фокусно разстояние от 160 mm. В тази връзка е напълно относимо и се приема от съда обяснението на експертът, че за този вид скенер не се предлага леща с фокусно разстояние 160 mm, а такава със 100 mm и 163 mm фокусно разстояние, като следващото възможно е 200 mm, което се потвърждава и от представената техническа документация на оборудването – Приложение_2.2. В този смисъл се споделя становището на жалбоподателя, че изискването на възложителя е апертурата на входа на скенера да позволява използването на лъч по-голям от 14 mm като принципно положение и никъде големината на този лъч не е обвързана конкретно с фокусното разстояние на сканиращата леща, като в същото време това е

елемент, който позволява модифициране и надграждане на системата с оглед конкретните потребности на възложителя.

Въз основа на горното и на представеното по делото заключение на СТЕ, съдът намира, че в случая изискването е изпълнено, тъй като, на първо място, при използване на леща от 163 mm липсва несъответствие - апертурата е 15 mm, докато по отношение на леща от 100 mm тя е точно 14 mm, тоест дори 14.000001 mm /като произволна стойност надвишаваща 14 mm/ би изпълнило заданието. Ведно с това се възприема убедителното становище на експерта по лазерни технологии, че леща от 100 mm може да бъде използвана с апертура от 15 mm на входа на скенера. Отделно от това системата като цяло, предложена от участника, отговаря на изискванията на възложителя и има разумно съотношение между функционалност и цена. В тази връзка съдът отчита даденото от експерта уточнение, че при стриктно придържане към апертура от поне 15 mm биха се влошили други показатели на системата, които са от съществено значение, следователно крайният и твърде формален подход в случая би довел до по-лошо представяне на системата като цяло. Последното е от значение за преценката относно спазване на принципа на пропорционалност и съответствието на административния акт с целта на закона.

Вторият и третият спорен показател от ТС - „Скорост на маркиране “ (при използване на фокусираща леща с 160 mm фокусно разстояние) и „Скорост на позициониране “ (при използване на фокусираща леща с 160 mm фокусно разстояние), които систематически са свързани в заданието на възложителя, а освен това изводите на органа следват идентична логика, ще бъдат разгледани заедно. Съгласно мотивите на акта, твърденията и възраженията на страните в настоящото производство, източник на спор между страните представлява конкретната формулировка на минималните изисквания и какво следва да се разбира под стойност на параметъра „< 2m/s“ за скорост на маркиране, съответно „< 5m/s“. Органът твърди, че е следвало в офертата да бъде включено оборудване, което поддържа стойности от 0.000... 1 m/s до 1.999 m/s, съответно до 4.1999 m/s. Тази теза настоящият съдебен състав намира за твърде формалистична и игнорираща общоприетата логиката. Ясно е, че щом системата поддържа по-висока скорост, би могла да бъде настроена и на по-ниска такава, което се подкрепя и от становището на вещото лице. В тази връзка той дава следното обяснение – „по подразбиране самата сканираща система и управление трябва да могат да осигурят тази скорост, т.е. това е максималната скорост, а всяка по-малка от нея, разбира се, може да бъде безпроблемно реализирана“. Обяснява, че за различните видове лазерни операции - било маркиране, пробиване, пробиване с трепанинг, рязане, модифициране на повърхности, е необходимо съобразно избраната операция и материал да се определи и конкретната скорост на работа, тоест скоростта не е неизменна и апаратурата следва да поддържа различна такава. Необосновани са твърденията на ответника и извадени от контекста, че експертът е потвърдил, че е налице несъответствие с ТС на възложителя. Точно обратното изрично е застъпено становище, че по тези два показателя офертата дори надхвърля минималните му изисквания. Разсъжденията относно формулирането им - дали чрез използване само на израза „по-малко“ или „по-малко или равно“, са ирелевантни, доколкото се установи, че предложеното оборудване поддържа и „по-малко“, което изпълнява изискванията, и „равно“, което ги надхвърля. В тази връзка вещото лице заявява, че фирмата-производител посочва в документацията на оборудването само горната граница, която се поддържа, което в никакъв случай обаче не означава, че възможностите ѝ се изчерпват с нея. Поради изложеното съдът не установява несъответствие на офертата на избрания изпълнител с минималните изисквания съгласно ТС на възложителя, съответно нарушение при избора на конкретния

изпълнител на обществената поръчка.

Относно параметър по т. 9 от Таблица 2 - „Максимална средна мощност на лазерното лъчение“, се установи съгласно заключението на вещото лице, подкрепено с дадените в съдебно заседание обяснения по поставените от страните въпроси, че стойността на този параметър задава каква максимална мощност могат да издържат използваните лещи в скенера, без да бъдат повредени. Изискването, съгласно таблицата от техническата спецификация на възложителя, е оптиката на скенера да поддържа мощност до 200 W, в случай че се работи с дължина на вълната от 1064 nm. Участникът е предложил скенер с оптика, издържаща до мощност 250 W при същата дължина на вълната. Видно е, че в случая предложението на участника е по-добро от изискването на възложителя, тъй като системата притежава по-голяма издръжливост и възможност да се работи с по-голяма мощност. Отново се прави опит да се тълкува споделеното от вещото лице в разрез с вложения смисъл. От изразеното мнение на експерта „да не се надвишават 250 W, защото в противен случай фирмата не ти гарантира, че няма да се повредят лещите“, се прави абсолютно необоснования и противоречащ на логиката извод, че изискването на възложителя е максималната мощност да бъде до 200 W, за да не се стигне до такава повреда, като формира извод, че колкото е по-голяма мощността на този параметър, толкова е по-голяма вероятността в режим на работа да предизвика повреда. Съгласно становището на експерта по лазерни технологии, което съдът напълно кредитира, изводът е точно обратният, а именно - лазерното сечение от 250 W е със запас, т.е. може да се използва и над 200 W, следователно прагът, при който няма риск от повреда на оптиката, е по-висок. В заключението на СТЕ изрично е посочено, че условието на възложителя е напълно изпълнено, дори с известен запас. С тези мотиви съдът намира, че не е налице несъответствие на офертата на изпълнителя и по този параметър, следователно не е допуснато нарушение при класирането ѝ от комисията за оценяване на офертите.

По последния показател - Параметър: „Поддръжка за използването на управляващи сигнали от други модули на СЛС“ изискването на възложителя е да поддържа резолюция „<15 ns“. Участникът е предложил скенер с времева резолюция 15 ns при честоти до 300kHz, която покрива изискуемия диапазон според вещото лице. Посочено е, че макар технически изискването да е за резолюция по-малка от 15 ns, „несъответствието с резолюция равна на 15 ns е несъществено за работата на СЛС комплекса“. В тази връзка следва да бъде допълнено, че стриктно погледнато, действително „по-малко“ не е еднозначно на „равно“. Въпреки това следва да се отчете фактът, че дори стойност от 14.999999 ns би изпълнила изискването, и да се държи сметка на разумното съотношение между заложените формални изисквания и удовлетворяване потребностите на възложителя. В случая, както се посочи, това несъответствие е несъществено съгласно мнението на експерта, а освен това комисията за оценяване, назначена от възложителя, е съставена от експерти в областта, които притежават необходимата компетентност да извършат професионална оценка на предложенията на участниците, най-вече с оглед специфичните изисквания и потребности на възложителя. В тази връзка съдът намира, че не е допуснато нарушение при допускане до участие в процедурата на офертата на „Амекам В. Фалински“, Полша. В тази връзка съдът съобразява и принципа на съразмерност, съгласно който предприетите мерки следва да са съответни на преследваната цел и да не причиняват вреди по-големи от необходимите за постигането ѝ – чл. 6, ал. 2 и 5 от АПК.

Не се установява твърдяното от административния орган нарушение на чл. 107, ал. 2, б. „а“ от ЗОП, във връзка с чл. 101, ал. 5 от ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Не са констатирани

несъответствия на предложената от полското дружество оферта с минималните изисквания на възложителя съгласно ТС, които да представляват основания за отстраняването му от по-нататъшно участие в обществената поръчка. Съответствието на доставеното оборудване с техническите изисквания за него съгласно заданието е установена и въз основа на извършените изпитвания при приемането ѝ от доставчика, съгласно представения приемо-предавателен протокол, описан по-горе. Следователно не са налице материалноправните предпоставки за налагане на финансова корекция – наличие на нередност съгласно чл. 2, т. 36 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.

На следващо място, не е изследвано отражението на процесния договор върху средствата на ЕСИФ, може ли да се квалифицира то като вреда и в какъв размер. Независимо че Приложение № 1 към Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове съдържа най-често срещаните видове нередности при възлагането на обществените поръчки, за които принципно се счита, че имат негативно финансово влияние върху бюджета на Съюза, определящият финансовата корекция орган на държавата членка не е освободен от задължението си да установи всички елементи от състава на нередността, включително наличието на реална или потенциална финансова вреда. Съгласно чл. 3, ал. 1 от Наредбата при определяне размера на финансовите корекции се отчита естеството и сериозността на нарушението, допуснато от бенефициента, и финансовото отражение, което то има или би могло да има върху средствата от ЕСИФ.

В настоящия случай, потенциалната възможност от настъпване на вреда за бюджета на Съюза не е обоснована от органа. По отношение на изложените в оспорвания акт мотиви относно евентуалната вреда за средствата от ЕСИФ в резултат от твърдяното нарушение на ЗОП съдът намира за необосновани и голословни твърденията на ответника, че субективният подход на комисията при преценката дали един участник отговаря или не на предварително обявените изисквания, лишава и стеснява възможността му за избор измежду участниците, подали оферти по конкретната процедура. Сочи се, че дори и когато е подадена една оферта, възложителят отново е изправен пред хипотеза на невъзможност да избере най-изгодната за него оферта, ако комисията е приравнила единствената постъпила, но несъответстваща оферта на съответстваща, доколкото не е налице обективна база за сравнение. Органът поддържа, че това необосновано лишава и стеснява възможността на възложителя за избор на финансово най-изгодна оферта и на изпълнител не измежду участниците по процедурата, а измежду всички потенциални участници, които щяха да подадат оферти, ако участникът бе правилно отстранен и процедурата бе прекратена на основание чл. 110, ал. 1, т. 2 от ЗОП, съответно бе открита наново. На първо място, не е установено от органа нарушение по чл. 49, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, съгласно които разпоредби 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, като 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". Видно от това - нарушение представлява залагането в ТС на такива критерии, които ограничават конкуренцията и участието на възможно най-широк кръг лица в процедурата, което следва да гарантира избор на най-изгодната за възложителя оферта. Ограничаване на участието на икономическите оператори и/или разубеждаващ ефект спрямо тях би могло да има вследствие въвеждането на дискриминационни, по смисъла на т. 10 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за, или ограничителни, по смисъла на т. 11 от същото приложение, критерии за подбор, които нередности имат отношение именно към етапа от процедурата за възлагане на обществената поръчка, свързан с нейната подготовка и обявяване, а не с този, свързан с оценяване на предложенията и избора на изпълнител. Именно затова категориите нередности по т. 10 и т. 11 имат своето систематично място в раздел I от Приложение № 1, а категорията нередност по т. 14 от Приложение № 1 – в раздел II от същото. Поради това, нарушаване на принципа на равно третиране на участниците на етапа на оценяване на предложенията и избора на изпълнител би могло да има само когато вследствие неправилното приложение на критериите за подбор даден участник е третиран по-благоприятно или по-неблагоприятно спрямо другите участници (т.е. икономическите оператори, които вече са заявили своето участие чрез подадена оферта), фактически констатации и правни изводи в каквато насока не се съдържат в оспорения административен акт. В настоящия случай не са установени такива нарушения или дискриминационни критерии, с оглед на което не може възложителят да отговаря и да търпи негативни последици от факта на участие в процедурата само на един участник. Както сочи жалбоподателят, индиция за това, че не е ограничено участието на други оференти в процедурата е и липсата на подадени жалби пред КЗК срещу решението на възложителя за откриване на процедурата, както и липсата на подадени искания за разяснения по реда на чл. 33 от ЗОП. Процедурата по избор на изпълнител е открита по своя характер, с обявяване в Официален вестник на Европейския съюз, т.е. поръчката е огласена възможно най-широко, но е получена само една оферта за участие, а провеждане на нова обществена поръчка с цел по-широко участие в нея и по-голяма възможност за избор на възложителя, каквито доводи са изложени от органа, не гарантира участието на повече лица, още по-малко избор на финансово най-изгодна оферта.

В допълнение, предвид гореустановеното относно съответствието на предложението на „А. В. Фалински“, Полша с изискванията на ТС, не е било налице задължение за жалбоподателя да проведе нова обществена поръчка.

Отделно от горното настоящият съдебен състав намира, че оспорваният административен акт е издаден в нарушение на принципа на пропорционалност и противоречи на целта на закона. Съгласно този принцип съдържанието и формата на действието на административните органи трябва да съответстват на преследваната цел, като в това отношение имат две проявления – административните органи да се въздържат от действия, които засягат правата и законните интереси на субектите в по-голяма степен от най-необходимото с оглед целта, и от друга страна – да се въздържат от актове, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел – чл. 6, ал. 2 и ал. 5 от АПК. Принципът на пропорционалност е

основен принцип и в уредбата относно средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, по-специално във връзка с мониторинга, отчитането, оценяването, управлението и контрола, съгласно чл. 4, § 5 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г. Принципът на пропорционалност изисква при вземането на решение за определяне на финансова корекция да се взема предвид естеството и сериозността на нередността, както и свързаните с него финансови последици за бюджета на Съюза (съображение 22, 72, 120 и 129 от Регламент (ЕС) №1303/2013). Той е критерий и при вземането на Решение С(2019) 3452 от 14.05.2019 г. от Европейската комисия, за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки. Насоките на ЕК от 14.05.2019 г. са имплементирани в Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове с изменението ѝ, обнародвано в ДВ бр. 67/23.08.2019 г. В приложението към решението на Комисията е посочено, че нередността може да бъде точно определима или не, като в случая на нередности при възлагане на обществени поръчки не е възможно да се определи с точност финансовото въздействие поради естеството на нередността. Но нередностите в областта на обществените поръчки се анализират в съответствие с целта за защита на финансовите интереси на Съюза и спазване на правото на Съюза (по-специално принципите на прозрачност, недискриминация, равно третиране, пропорционалност и правна сигурност). Освен това финансови корекции могат да се прилагат единствено ако въпросната нередност има или би могла да има финансово въздействие върху бюджета на Съюза. Изрично е подчертано, че в случаите, в които нарушението на правилата за възлагане на обществени поръчки е само от формален характер без каквото и да било действително или потенциално финансово въздействие, финансовата корекция не е обоснована. В тази връзка и с оглед гореизложените мотиви настоящият състав намира, че в случая, ако се приеме наличието на съответствие между ТС на възложителя и техническото предложение на избрания изпълнител, то е формално, изразяващо се в такова отклонение, което е незначително, не променя минимално необходимата функционалност на оборудването, предмет на обществената поръчка, и не оказва влияние върху техническите му характеристики с оглед удовлетворяване на потребностите на възложителя. Следователно не е налице вреда за средствата на ЕСИФ, която следва да бъде възстановена чрез налагане на финансова корекция. Това обосновава несъответствието на оспорваният административен акт с целта на закона. С оглед на всичко гореизложено Решение рег. № 0901-21/12.10.2021 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващ орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ е незаконосъобразно, издадено в нарушение на материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

По разностите по производство:

При този изход на спора на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, вр. чл. 78, ал. 8 от ГПК, ответникът следва да заплати на жалбоподателя направените по делото разности съгласно представения списък, а именно – държавна такса в размер на 934 лв., възнаграждение за вещо лице в размер на 500 лв. и юрисконсултско възнаграждение в размер на 240 лв., определено по реда на чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

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

София-град, Трето отделение, 70 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Институт по физика на твърдото тяло „Академик Г. Н.“ към Българска академия на науките, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], Решение рег. № 0901-21/12.10.2021 г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на Управляващ орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху сумата на допустимите разходи, които са поискани за възстановяване, по договор № СБ-12-02-13/02.12.2020 г. с изпълнител „Амекам В. Фалински“, Полша, на стойност 467 000 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Министерство на образованието и науката, [населено място], да заплати на Институт по физика на твърдото тяло „Академик Г. Н.“ към Българска академия на науките, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], направените по делото разноски в размер на 1674.00 (хиляда шестстотин седемдесет и четири) лева.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: