

РЕШЕНИЕ

№ 1063

гр. София, 16.02.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 16.11.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **3512** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 2 Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ – заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./.

Образувано е по жалба на Лесотехнически университет [населено място] чрез ректора чл.кор.проф.д.н И. И. срещу Решение № 0418-2 /23.03.2022 на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което им е определена финансова корекция в размер на 25 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове или общо 26738.40лв ,от които по обособена позиция №3 от Договор № Д -114/18.11.2019г с изпълнител „Лабексперт“ ООД в размер на максимален размер на сумата 23081.40лв и по обособена позиция №4 по договор № Д -113/18.11.2019г с изпълнител „РСР“ ЕООД в размер на максимален размер на сумата 3657 лв.Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е незаконосъобразно,постановено е в нарушение на административно производствените правила и материалния закон. Счита, че не е безспорно доказано извършено нарушение, както и от същото да са произлезли вреди. Излага конкретни доводи за неоснователност на всяко едно от вменените му нарушения ,които съответстват на изложениите такива във възражението му срещу констатациите на окончателния доклад на одитния орган от извършен одит на операциите на ОПНОИР . Иска от съда да отмени изцяло оспореният акт с присъждане на разноски за производството.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – адв.Г. , поддържа жалбата, както и твърденията си относно незаконосъобразността на акта. Претендира присъждане на разноски. Представя писмени бележки.

Ответникът - Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“ – чрез държавен експерт М. , оспорва подадената жалба и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят е бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ №BG05M2OP001-1.001-0019 „ Чисти технологии за устойчива околна среда –води,отпадъци,енергия за кръгова икономика“ по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ,финансирана от Европейския фонд за регионално развитие ,приоритетна ос1 „Научни изследвания и технологично развитие“ на ОП „НОИР“ 2014.2020

Лесотехнически университет [населено място] в качеството му на възложител е провел обществена поръчка ,съгласно чл.20 от ЗОП /открита процедура/ , с уникален номер на поръчката в Регистъра на обществените поръчки (РОП) 00520-2019-0007,с предмет „ Доставка , инсталация,монтаж и въвеждане в експлоатация на научна апаратура и провеждане на обучение за работа с нея „ в седем обособени позиция по проект №BG05M2OP001-1.001-0019 „ Чисти технологии за устойчива околна среда –води,отпадъци,енергия за кръгова икономика“.

Вследствие на проведената обществена поръчка по обособена позиция № 3 е сключен договор № Д -114/18.11.2019г с изпълнител „Лабексперт“ ООД с предмет „Газ анализатори“ на стойност 76938лв без ДДС и по обособена позиция № 4 е сключен договор № Д -113/18.11.2019г с изпълнител „РСР“ ЕООД на стойност 12190лв без ДДС с предмет „ Система за определяне на азот по К.“. Именно върху сумата на допустимите разходи по посочените обособени позиции ,поискани от бенефициента за възстановяване е наложена финансова корекция ,която да се извърши по реда на чл.75 от ЗУСЕСИФ /сега с ново наименование ЗУСЕФСУ/ .

За да наложи финансова корекция в размер на 25% по проект № BG05M2OP001-1.001-0019 „ Чисти технологии за устойчива околна среда –води,отпадъци,енергия за кръгова икономика“ по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ,финансирана от Европейския фонд за регионално развитие ,приоритетна ос1 „Научни изследвания и технологично развитие“ на ОП „НОИР“ 2014.2020, ответника е посочил ,че при извършена повторна проверка /съгласно препоръка на одитния орган ,обективирана в Окончателния доклад от извършен одит на операционна ОПНОИР,обхващащ сертифицирани разходи за периода 01.07.2020-30.06.2021г на възложената обществена поръчка ,вписана в Регистъра на обществените поръчки (РОП) 00520-2019-0007 и с предмет „ Доставка , инсталация,монтаж и въвеждане в експлоатация на научна апаратура и провеждане на обучение за работа с нея „ са констатирани съмнения за нередности по обособени позиции № 3 и №4 ,които са основание за определяне на финансови корекции,съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ,а именно :

1 „Незаконосъобразна методика за оценка на офертите по обособена позиция № 3“ , за установено нарушение по чл.70 ал.7 от ЗОП във вр. с чл.102 т.2 б. „а“ от ЗОП , което представлява нередност по т.11 „ Използване на: основания за отстраняване,

критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

2. Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция № 3- установено е нарушение на чл.107 т.2 б“а“ от ЗОП във вр. с чл.2 ал.2 т.2 от ЗОП, което представлява нередност по т.14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

3. Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция № 4, установено е нарушение на чл.107 т.2 б“а“ от ЗОП във вр. с чл.2 ал.2 т.2 от ЗОП, което представлява нередност по т.14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

На основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ с кореспонденция № BG05M2OP001-1.001-0019-C05-M324 / 16.02.2022г в ИСУН, УО е изпратил писмо ,с което уведомява жалбоподателя в настоящия процес за стартирала процедура за определяне на финансова корекция и му е дал възможност за възръжение по основателността и размера на ФК и да представи доказателства.

В определения срок Лесотехнически университет са подали възражение с № BG05M2OP001-1.001-0019-C05-M324 –A001/ 01.03.2022г, което е подробно разгледано от ответника / от стр.5 -29 от оспореното решение/ и е прието за неоснователно.

С Решение № 0418-2 /23.03.2022 на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което им е определена финансова корекция в размер на 25 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове или общо 26738.40лв ,от които по обособена позиция №3 от Договор № Д -114/18.11.2019г с изпълнител „Лабексперт“ ООД в размер на максимален размер на сумата 23081.40лв и по обособена позиция №4 по договор № Д -113/18.11.2019г с изпълнител „РСР“ ЕООД в размер на максимален размер на сумата 3657 лв ,което е предмет на настоящето оспорване.

Жалбата срещу него до съда е подадена в срока по чл.149 ал.1 от АПК във вр. с чл.27 ал.1 от ЗУСЕСИФ т.е. в преклузивния 14-дневен срок, от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд, поради което същата е допустима.

Не са допуснати нарушения при провеждане на процедурата за неговото издаване, които да са съществени и да водят до неговата незаконосъобразност на това основание.

Издадено е от компетентен орган и не е нищожно. По-конкретно ,съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с решение

на управляващия орган, одобрил проекта. В случая проектът във връзка, с който е и проведена обсъжданата обществена поръчка, е одобрен от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ 2014 – 2020 г. Според чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ / в приложимата редакция/ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, а съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ ръководител на УО е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира УО, или оправомощено от него лице. Съгласно Глава втора от „Устройствения правилник на ИА ОП „НОИР““ 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. Съгласно Глава трета, Раздел II от правилника Изпълнителният директор на агенцията е и Ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР". Видно от трудов договор №РД12-24 от 01.03.2022г., подписан от Министъра на образованието и науката на РБ в качеството му на работодател /л. 145 от дело / и проф. Г. В. – в качеството на служител, на последният е възложено да изпълнява длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП „НОИР“, като същият по смисъла на правомощията, дадени с устройствения правилник е компетентен да издава всички индивидуални административни актове по смисъла на ЗУСЕФСУ.

Решението е издадено в изискуемата по чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ писмена форма. В него се съдържат фактически и правни основания, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Разгледани са и са подложени на преценка възраженията на Лесотехнически университет , като органът изрично формулира констатация за нередности по т. 11 и т.14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата във връзка с установените нарушения,досежно обособени позиции № 3 и № 4 от договор за предоставяне на БФП№BG05M2OP001-1.001-0019.

Посочени са фактически и правни съображения за налагането на финансова корекция за посочените нередности и нейния размер. Спазени са регламентираните в ЗУСЕФСУ специални правила за провеждане на процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Спазено е изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ.

Материалната законосъобразност на акта за определяне на финансова корекция се свързва с преценката дали е възприето от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ основание за налагането ѝ, съответно правилно ли е определен размерът на финансовата корекция. Съгласно чл. 71 от ЗУСЕФСУ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената 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. Основанията за определяне на финансова корекция, нормативно са регламентираните в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ такова основание е и нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на Изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент №1303/2013 ДЧ носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013, държавите членки

предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Дефиницията за „нередност“ се съдържа в чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013, съгласно която норма „нередност“ е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“, изисква наличието на три елемента от обективна страна: 1. действие или бездействие на икономически оператор, 2. това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. да има или би имало като последица, нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Настоящият съдебен състав възприема, че езиковото тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 не оставя каквото и да било съмнение относно възможността вредата на бюджета на съюза да не е само реално настъпила, но и потенциална, т. е. нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда – последното трайно възприето както в българската съдебна практика, така и в практиката на Съда на ЕС.

В случая упражненото с № 0418-2 /23.03.2022 на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 , в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ административно правомощие по чл. 73 от ЗУСЕФСУ, от фактическа страна се основава на констатирани нарушения на разпоредбите на ЗОП.

Безспорно първия елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице, тъй като Лесотехнически университет София има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент №1303/2013, поради което и участва в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ. Именно в това свое качество и като получател на безвъзмездна финансова помощ по ОП „НОИР“ 2014-2020, жалбоподателя е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено по програмата безвъзмездно финансиране, съставляващо средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ.

Спорът по делото е относно наличието на втория и третия елемент от фактическия състав на посочената по-горе легална дефиниция за „нередност“, като материалноправно основание за законосъобразното определяне на финансовата корекция. Нарушения на правилата на ЗОП, ако са допуснати такива, биха осъществили втората материална предпоставка на фактическия състав на „нередност“. Това е така, тъй като бенефициентът е длъжен да спазва правилата на ЗОП за определяне на изпълнител, съгласно нормата на чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕФСУ, структурирана в глава четвърта от закона - „Специални правила за определяне на изпълнител от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ“, а според чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание 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.

От приложените по делото писмени доказателства ,съставляващи административната преписка се установява наличието на твърдяното от административния орган и оспорено от жалбоподателя нарушение на чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП по обособени позиции № 3 и № 4 по договори с изпълнители съотв. „Лабексперт“ ООД и „РСР“ ЕООД и на чл.70 ал.7 от ЗОП във вр. с чл.102 т.2 б.“а“ от ЗОП по обособена позиция № 3 от договор с изпълнител „Лабексперт“ ООД.

Първото посочено в оспореното решение нарушение ,засяга обособена позиция № 3 по Договор № Д -114/18.11.2019г с изпълнител „Лабексперт“ ООД и с предмет „Газанализатори“ и касае „Незаконосъобразна методика за оценка на офертите по обособена позиция № 3“ , за установено нарушение по чл.70 ал.7 от ЗОП във вр. с чл.102 т.2 б.“а“ от ЗОП , което представлява нередност по т.11 „ Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации,които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности,представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП ,освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява и участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката.

Съгласно чл.70 ал.7 от ЗОП : „ В документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва:

1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации;
2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите;
3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за:
 - а) количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване;
 - б) (доп. - ДВ, бр. 88 от 2023 г., в сила от 22.12.2023 г.) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка, като не се допуска оценяване на пълнотата и подхода при представяне на информацията.

В настоящия казус ,жалбоподателя е заложил условие в техническата спецификация за артикул

„Анализатор на азотни оксиди NO/N02/NOX“ – предложеното оборудване да отговаря на изискването за Долна граница : / 2сигма/:< или =0,5мг/м3.

В методиката за оценка за „Долна граница на и/:< или = 1мг/м3 . Това означава ,че се присъждат точки на предложение , което не отговаря на минималните изисквания ,вместо да бъдат отстранени съгласно чл.107 т.2 б.“а“ от ЗОП ,поради несъответствие с цитираното минимално изискване.

Не се споделя от съда тезата на жалбоподателя , че с оглед дадените от възложителя разяснения комисията е установила, че е допусната **очевидна техническа грешка** в одобрената вече методика. С цел осигуряване на равнопоставеност на участниците и предвид факта, че на този етап не може да бъде

законосъобразно променена методиката за оценка, комисията е решила да възприеме подход, при който всеки участник, предложил $< 5 \text{ } \mu\text{g}/\text{t}^3$, да бъде оценен с максимален брой точки - 10 т.Дори и да е налице допусната очевидна техническа грешка, то това непроменя факта, че не е следвало да се присъждат точки за предложението, което не отговаря на минималните изисквания от спецификацията (за артикул „Анализатор на азотни оксиди NO/N02/NOX“).

В обобщение следва да се отбележи, че твърденията за допуснати очевидни технически грешки в методиката за оценка по обособена позиция № 3 „Газанализатори“, и за свобода на преценка на комисията, не могат да бъдат споделени. От една страна не са налице аргументи за това, че грешките в методиката по ОП № 3 са с технически характер. В допълнение, без значение какъв е характерът на грешките, в описания случай е налице нередност - незаконосъобразна методика за оценка, за която УО е определил предвидената в нормативните актове финансова корекция. „Грешките“ са факт, който не може да бъде преодолян с решение на комисията за оценка. Няма как заинтересованите икономически оператори при изготвяне и подаване на оферта да могат да предположат какво решение ще вземе комисията за оценка. Установената от УО нередност е свързана със съдържанието на методиката за оценка на офертите по обособена позиция № 3, т.е. с етапа на обявяване на обществената поръчка и съдържанието на документацията, а не с етапа на оценяване на оферти и избор на изпълнител. В този смисъл ирелевантен по отношение на установената нередност е възприетият от комисията подход и начинът на неговото прилагане от комисията.

В случая от събраните доказателства се установява по безсъмнен начин, че в качеството си на възложител на обществената поръчка, жалбоподателя е допуснал нарушение на българското законодателство, а именно - чл. 107, т. 2, б. „а“ от Закона за обществените поръчки, изразяващо се в Неправилно приложени технически спецификации.

Видно от заключението на вещото лице по СТЕ, Анализатор на азотни оксиди NO/N02/NO - Модел AC32 е газанализатор, който измерва на принципа на хемилуминисцентна технология. Хемилуминесценцията представлява излъчване на светлинна енергия, която се получава в резултат на химическа реакция. С избрания в случая газанализатор е възможно измерване на частиците в обхват на измерване от 0-0,05 / 0.1 / 0.2 / 0.5 /1 /2.5/10/20 μm в който влизат частиците от 2.5 и 10 μm). Изискванията на възложителя на поръчката обаче са други – долна граница на измерване на частиците, да е $<$ или $= 1 \text{ mg}/\text{m}^3$.

Всяко несъответствие с предварително обявените условия на възложителя е самостоятелно основание за отстраняване на участник от процедура за възлагане на обществена поръчка. В т. 5 от същата разпоредба законодателят е предвидил, че се отстранява кандидат или участник, подал заявление за участие или оферта, които не отговарят на условията за представяне, включително за форма, начин, срок и валидност. Всяко от поставените към участниците изискване има своето логическо и систематично място в заданието по конкретната обществена поръчка и дава възможност за преценка на годността и възможността на кандидатите да изпълнят поеманите с предложението задължения качествено и в срок. Липсата на съобразяване, с което и да е от поставените възложителя условия, е самостоятелно основание за отстраняване на участник от процедурата поради несъответствие на предложението с предварително поставените от възложителя изисквания.

По отношение на обособена позиция № 3 е установено и друго нарушение нередност, свързана с избора на изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя, следва да се отбележи, че от начина на формулиране на самото заложене от възложителя в документацията изискване в първата му част, а именно

Анализаторът на прахови частици с Бета излъчвател да осигурява измерване на концентрацията на частици, която да не се влияе от физико-химична природа, цвета или формата на частиците“ .

Доказването на изискването измерването да не се влияе от цвета или Формата на частиците, следва да е по начина, описан от самия възложител в т. 6.1 и т. 6.4. раздел IV от документацията по поръчката, което не е налице в разглеждания случай. В тази връзка , отново заключението на вещото лице ,че концентрацията на прахови частици измерена е Анализатор на прахови частици с Бета излъчвател - Модел -MP101M не се влияе от цвета или формата на праховите частици, както и от физико-химичните им показатели, а от масата и обемът на взетата проба атмосферен въздух и чрез абсорбираната от фините прахови частици радиация от излъчвателя за получаване на достоверни данни не следва да се съобразява .

В протоколите от заседанията на комисията липсват данни, че са събрани допълнителни доказателства за съответствието на оборудването с изискванията на възложителя. В тези протоколи липсват данни за извършвана проверка от комисията на страницата на производителя на предлаганата апаратура, в ръководство за употреба на анализатора или където и да било другаде, поради което не се потвърждават твърденията на жалбоподателя за извършени от комисията проверки, в хода на нейната работа.

Действително няма нормативно изискване към съдържанието на протокола за работа на оценителната комисия, но безспорно той следва да дава достатъчна информация за съответствието на техническото предложение на всеки участник с изискванията, заложи в техническата спецификация. В конкретния случай е налице разминаване между посоченото от участника в техническото му предложение относно конкретния параметър и приложената техническа брошура. Правилно комисията е предприела допълнителна проверка за преодоляване на това разминаване и потвърждаване на съответствието на оферирания апарат с поставените технически изисквания в спецификацията, но в представените протоколи за работата ѝ липсва каквато и да било индикация за констатираното разминаване, наложилата се допълнителна проверка и резултата от нея.

В тази връзка при избора на изпълнител по обособена позиция № 3 не са осигурени адекватни доказателства, че избраният изпълнител към момента на провеждане на процедурата и с приложените по нея документи и доказателства отговаря на цитираните минимални изисквания на възложителя.

Относно нарушение свързано с избор на изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя е допуснато и по обособена позиция № 4,с изпълнител „РСР“ ЕООД:

Съгласно т. 6.1 и т. 6.4, раздел IV от документацията по поръчката участниците следва изчерпателно да посочат конкретните предложения за изпълнение на поръчката съобразно изискванията на възложителя в спецификациите и да представят документи (технически спецификации, брошури, проспекти и др.), удостоверяващи декларираните параметри на предлаганата апаратура. Изискването на самия възложител е в офертата на всеки участник да бъдат доказани параметрите на предлаганата апаратура, като същото е относимо и по обособена позиция № 4 от същата.

При преглед на офертата на избрания изпълнител по обособена позиция № 4 „РСР“ ЕООД, извършен от УО на ОП НОИР е установено, че за съответната позиция в брошурите е видно, че нито един от посочените разградители/опции не отговаря едновременно и на двете характеристики за диаметър и обем пробата/епруветката, а именно 42 мм диаметър и 300 мл. обем. Наличието в техническото предложение на вписване, че се включват 12 броя епруветки с обем 300 мл и диаметър 42 мм, не

доказва съответствието с изискването на техническата спецификация начин, посочен от самия възложител в т. 6.1 и т. 6.4. раздел IV от документацията по поръчката. Липсват доказателства или брошури за продуктите с артикулни номера № A00000144, A00001206, A00001111 и A00001096, посочени в техническото предложение, а в протоколите от заседанията на комисията липсват данни, че са събрани допълнителни доказателства за съответствието на оборудването с изискванията на възложителя. Неправилно са приложени условия в техническата спецификация за оборудването по обособена позиция №4 на поръчката, а именно в частта за осигуряване на епруветки с обем 300 мл. и диаметър 42 мм, което, съгласно т. 6.1 и т. 6.4, раздел IV от документацията на поръчката, следва да се удостоверява от документи (технически спецификации, брошури, проспекти и др.), в резултат на което за изпълнител е определен участникът, който не отговаря на тези условия в техническата спецификация по обособена позиция №4. Поради това, по отношение на устоялата от УО нередност, е ирелевантно какво е доставено в изпълнение на поръчката. В тази връзка при избора на изпълнител не са осигурени доказателства, че избраният изпълнител по обособена позиция №4 към момента на провеждане на процедурата и с приложените по нея документи и доказателства отговаря на цитираните минимални изисквания на възложителя в частта за осигуряване на епруветки с обем 300 мл. и диаметър 42 мм. Обстоятелството, което бенефициентът-възложител твърди, че в доклада за фактически констатации (Външен доклад) относно изпълнение на дейностите и отчитане на разходите по проект BG05M2OP001-1.002-0019 изграждане на център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“ е отбелязано, че не са установени несъответствия с приложимите нормативни изисквания при провеждане на процедурата, както и че в този доклад одиторският екип също не е установил несъответствия с приложимите нормативни изисквания при провеждане на процедурата, не оказва влияние при формиране на собствените констатации на УО на ОП НОИР при налагане на ФК.

Експертизата е посочила, че устройството за дестилация, модел UDK 129 и реактор за термично разлагане модел DK6 са част от „Система за определяне на азот по К. дал“ и са с артикулен № AQQQQ0144 и комплект аксесоари към него, необходими за работа на системата е арт. Jfs A0Q001206, -..M A00001 111 и № A0QQ01096. Пробата/епруветката отговаря на изискванията за диаметър и-обем, а именно 42 мм диаметър и 300 мл. Обем и е част от „Система за определяне на азот по К. .Параметрите на епруветка с размери 42 мм диаметър / 300 мм височина и събирателната колба 250 мл. са с по-голям обем поради естеството на работа, същите отговарят на номенклатурните номера и стандартните пазарни практики и са част от „Системата за определяне на азот по К..

Доколкото нарушението по чл.107 т.2 б“а“ от ЗОП е свързано с работата на комисията и избор на изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по ОП № 3 и ОП № 4, констатациите на назначената по делото съдебно-техническа експертиза са ирелевантни и не следва да се обсъждат от съда при произнасянето му.

Доказването на изпълнението на изискванията на възложителя по отношение на оборудването по ОП 3 и ОП 4 на поръчката следва да е по начина, описан от самия възложител в т. 6.1 и т. 6.4, раздел IV от документацията.

Комисията като помощен орган на възложителя е следвало да действа в рамките на правомощията си съгласно ЗОП и при стриктно спазване на всички изисквания на възложителя, поставени в документацията по поръчката, включително на т. 6.1 и т. 6.4. раздел IV от документацията, което не е налице в разглеждания случай по отношение на част от поставените от възложителя изисквания по ОП 3 и ОП 4 на

поръчката.

В обобщение следва да се посочи, че безспорно е нарушена разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОН тъй като вместо жалбоподателя в качеството му на възложител по ЗОП да отстрани участниците / по ОП№3 и ОП№4/ , чиито оферти не отговаря на предварително обявените от възложителя условия, същите са били допуснати до оценяване .

Неприлагането на условията на поръчката и по- конкретно на техническата спецификация се явява в обективно нарушение на принципите за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, залегнали в чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗОП. Възлагането на обществената поръчка при порочно проведена процедура има негативно финансово отражение върху средствата от ЕСИФ, предоставяни като безвъзмездна финансова помощ на бенефициера, тъй като както европейският, така и българският законодател са предвидили, че този род нарушения имат или би могло да имат за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, и доколкото бенефициерът е отчетел пред УО на ОПНОИР разходи по отчетено в ПОД №7/01.06.2020 г., верифицирано с Решение за верификация №0401-42/26.08.2020 г. и сертифицирани с МДС и ДДР №7/2/20.10.2020.

При определяне на конкретното основание и размер на финансовата корекция за нередност по чл. 70, ал. 7 от ЗОП във връзка с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11 б. „а“ „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ . За установено нарушение е предвидена финансова корекция в размер на 10% от разходите по засегнатия договор с изпълнител по обособена позиция №3 на поръчката.

Нарушението по чл.107 ал.2 б.„а“ във вр.с чл.2 ал.1 т.1 от ЗОП ,засягащо обособена позиция 3 : за оборудване, което да съответства на минималните изисквания към Анализатор на прахови частици с Бета излъчвател в частта измерване на концентрацията на частици, която да не се влияе от цвета или формата на частиците и към Анализатор на азотни оксиди NO/N02/N0x, в частта обхват на измерване 2.5 и 10 ppm, което, съгласно т. 6.1 и т. 6.4, раздел IV от документацията на поръчката, следва да се удостоверява от документи (технически спецификации, брошури, проспекти и др.), в резултат на което за изпълнител е определен участникът, който не отговаря на тези условия в техническата спецификация по обособена позиция №3, както и по ОП 4 , в частта за осигуряване на епруветки с обем 300 мл. и диаметър 42 мм, което, съгласно т. 6.1 и т. 6.4, раздел IV от документацията на поръчката, които не са удостоверени с документи (технически спецификации, брошури, проспекти и др.), в резултат на което за изпълнител е определен участникът, който не отговаря на тези условия в техническата спецификация по обособена позиция №4, правилно са определени като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба. За тази нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25%.

Липсата на допуснати процесуални нарушения при издаване на Решение № 0418-2 /23.03.2022 на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и спазването на правилото за некумулиране на финансови корекции, залегнал в чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ и чл. 7 от Наредбата за

посочване на нередности, за констатираните нарушения по обособена позиция №3 на поръчката ,правилно е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатия от нарушението Договор №Д-114/18.11.2019 г. с изпълнител „Лабексперт“ ООД ,както и 25 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по договор № Д -113/18.11.2019г с изпълнител „РСР“ ЕООД .

Следователно жалбата на Лесотехнически университет [населено място] срещу Решение № 0418-2 /23.03.2022 на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 следва да се отхвърли.

Предвид изхода на делото в полза на ответника следва да се присъди юрисконсулско възнаграждение в размер на 200лв.,съгласно чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ

Водим от горното , съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Лесотехнически университет [населено място] чрез ректора чл.кор.проф.д.н И. И. срещу Решение № 0418-2 /23.03.2022 на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което им е определена финансова корекция в размер на 25 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове или общо 26738.40лв ,от които по обособена позиция №3 от Договор № Д -114/18.11.2019г с изпълнител „Лабексперт“ ООД в размер на максимален размер на сумата 23081.40лв и по обособена позиция №4 по договор № Д -113/18.11.2019г с изпълнител „РСР“ ЕООД в размер на максимален размер на сумата 3657 лв

ОСЪЖДА Лесотехнически университет [населено място] чрез ректора чл.кор.проф.д.н И. И. да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ сумата от 200 /двеста / лева за разноски по делото.

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

СЪДИЯ: