

РЕШЕНИЕ

№ 3721

гр. София, 09.07.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 11.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елица Райковска

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **3510** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове вр. чл. 145 и сл. от АПК. Образувано е по жалба на Институт по роботика Св. А. и Е. М.-Б. срещу решение № 0901-11/01.04.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж /ОП НОИР/ 2014-2020 г. Моли решението да бъде отменено. Претендира разноски. Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Претендира разноски. Представя писмен отговор /л. 226/ и подробни писмени бележки. Заинтересованите страни /ЗС/ – Технически университет Г.; Технически университет С.; Централна лаборатория по приложна физика към Б.; Софийски университет Св. К. О.; Технически университет В. и Институт по електроника Б., не взимат становище. АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Между страните е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /ДБФП/ по Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж /ОП НОИР/ (л. 205), по който ТУ-Г. е водеща организация, но всички страни задно са бенефициент по ОПНОИР, приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“, процедура „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“. Приложени са и Общи условия /л. 215/ към договора.

Жалбоподателят – Институт по роботика при Б., е обявил обществена поръчка на 15.07.2019 г. /л. 124 и сл./. В обявлението като предмет на поръчката е записано „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на ИР Б. по договор №, КЦК „Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“. В т. П.1.4 е записано, че доставката касае компютърно оборудване, принтери, копирни машини и мултимедия. Процедурата е разделена в две обособени позиции /т. П.2.4/ - обособена позиция 1 и обособена позиция 2 /процесната/ с предмет: Доставка на машини и технологично оборудване – компютърно оборудване, принтери, копирни машини и мултимедия за лаборатория „Колективна роботика“ – Институт по роботика, филиал П.

Приложена е Документацията за участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка с предмет „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Б....“ /л. 140/ и Техническата спецификация /л. 133/.

Подадени са две оферти – от Ж. Е. и от ЦАПК Прогрес Г. АД /л. 160/.

Приложени са протоколите от работата на Комисията за разглеждане, оценка и класиране на подадените оферти в откритата процедура по възлагане на обществена поръчка /л. 164/. Комисията е изготвила и доклад за дейността си /л. 169/. С решение № 42 от 26.09.2019 г. е обявено класирането на участниците /л. 171/.

На 30.10.2019 г. между жалбоподателя и класирания на 1во място участник – ЦАПК Прогрес Г. АД, е сключен договор с рег. инд. ЗИО №15/30.10.2019 г. с предмет: доставка на компютърно оборудване за нуждите на ИР Б. /л. 177/, на стойност 65 047,90 лева без ДДС.

С писмо от 13.12.2019 г. /л. 121/ ответникът е уведомил жалбоподателя и ЗС за допуснати нередности, като е дал възможност за възражения в 2-седмичен срок. Такива са постъпили /л. 116/.

На 01.04.2020 г. е издадено атакуваното решение /л. 24/, с което е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по договор № ЗОП 15/30.10.2019 г. с изпълнител ЦАПК Прогрес Г. АД на стойност 65 047,90 лева без ДДС. Административният орган е приел, че е налице нарушение на чл. 49, ал. 2 от ЗОП /в приложимата редакция към датата на провеждане поръчката/, което съставлявало нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към Наредбата за нередностите, тъй като били налице дискриминационни технически спецификации чрез указването на конкретни модели на производителите I. и N. в зададените от възложителя минимални технически изисквания на посоченото оборудване.

Представени са доказателства за компетентност на органа, издал атакувания административен акт /л. 101/.

От правна страна съдът намира следното:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от

икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на С. по съединени дела С-260/2014 г. и С-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014-2020 г., е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава 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.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета 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 /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ. Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 4, ал. 1 и чл. 6, ал. 1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция ОП НОИР и с оглед представената заповед /л. 101/, от която е видно, че К. Г. заема длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП НОИР.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма.

Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок, включително и повторно, след обнародваните изменения в Наредбата за нередности.

Относно материалната законосъобразност на атакувания акт:

Съгл. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /посочен като основание за издаване на атакуваното решение – л. 24/ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 49, ал. 2 от ЗОП техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти. По изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал. 1, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите "или еквивалентно/и".

В случая, административният орган е приел, че е нарушено горното изискване, тъй като са посочени технически характеристики със следните параметри:

- За професионален сървър: видео ускорители 4x N. T. T4 GPU;
- За работни станции: процесор: не по-малко от I. C. i7-6700 HQ (Quad-core 2,60 G.);
- За лаптопи: процесор: I. C. i7-6700HQ (Quad-core 2,60GHz) или по-добър.

В оспорения акт е посочено, че I. и N. били конкретни модели и това нарушавало чл. 49, ал. 2 от ЗОП.

Жалбоподателят във възражението си по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ и в жалбата до съда сочи, че посочените наименования не се отнасят до конкретен артикул, модел или продукт, като изискването е въведено с оглед обстоятелството, че се касае за лаборатория Колективна роботика, в която следвало да се използват само работи, съвместими с R. O. S..

В съответствие с указаната на страните с разпореждането за насрочване /л. 86/ доказателствена тежест ответникът на основание чл. 170, ал. 1 АПК следва да установи съществуването на обстоятелствата и фактическите основания, посочени в обжалвания акт. Настоящият състав намира, че това не е сторено по следните съображения:

На първо място, предметът на обществената поръчка е специфичен – компютри, видеоускорители и др., като доставката на същите не е възложена по принцип, напр. за да се ползва тази техника за набиране на текст, а е възложена за лаборатория Колективна роботика, в която жалбоподателят още във възражението си по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е посочил, че следва да се използват само работи, съвместими с R. O. S.. Макар формално това възражение да е споменато в атакувания акт, настоящият състав намира, че то не е обсъдено по същество. В частност, не е обсъдено дали се касае за нова лаборатория, има ли вече в нея инсталирани компоненти, които следва да работят с R. O. S., какво представлява въпросната операционна система и какви други

компютърни компоненти биха могли да работят с нея. Не е изследвано изобщо какво представлява въпросната лаборатория Колективна роботика, за да може да се прецени дали изискването към оборудването – предмет на спорната обществена поръчка, с така формулираните технически параметри е в нарушение на чл. 49, ал. 2 от ЗОП, или се касае до вид на компоненти, които единствено са съвместими с въпросната R. O. S.. Не е проверено дали такава система вече е инсталирана, респ. дали е започнало нейното инсталиране и дали същата единствено би могла да осъществи целите на лаборатория Колективна роботика, респ. дали въпросните продукти I. и N. – предмет на обособена позиция 2, са единствените възможни за конфигуриране с R. O. S.. При това положение съдът не може да провери законосъобразността на изводите на административния орган.

Право на възложителя е съобразно конкретните му нужди и потребности да определи в цялост предмета на обществената поръчка с присъщите му свойства, качества и характеристики, при съобразяване на ограниченията по 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 2 от ЗОП.

За пълнота на мотивите и доколкото става въпрос за технически спецификации, касаещи не само предмета на поръчката, но и обекта, в който същите би следвало да бъдат използвани, респ. възможността за свързването им с други съществуващи в лабораторията компоненти – работи, административният орган по реда на чл. 49 от АПК е следвало да назначи експертиза, която да изследва роботите в лабораторията, в частност въпросната система R. O. S. и възможността за свързване на други компоненти, които не са I. и N., с нея. След като това не е сторено, поради което и в акта липсват мотиви в тази насока, няма как за първи път в съдебното производство, тези мотиви да бъдат допълвани с експертиза. Органът изобщо не е изследвал наличното техническо оборудване във въпросната лаборатория Колективна роботика, което да налага определено изискване за съвместимост, а оттам и по-стеснен предмет на обществената поръчка.

Действително законът изисква техническите спецификации да дават възможност за равен достъп на кандидатите или участниците за участие в процедурата и да не създават необосновани пречки пред конкуренцията. Но недопустимо е не всяко, а само необоснованото ограничаване на кандидатите за участие. Преценката за това дали посоченото изискване е спазено или нарушено трябва да бъде индивидуална и съобразена с предмета на дейност на възложителя и конкретните потребности. В тежест на административния орган е в съдебното производство да докаже твърдението си, че заложените технически спецификации въвеждат именно точно определени индивидуализирани продукти, които ограничават конкуренцията.

В горния смисъл е напр. Решение № 14174 от 21.12.2016 г. на ВАС по адм. д. № 11022/2016 г.

На следващо място, с оглед разпоредбата на чл. 49 от АПК и доколкото чл. 49, ал. 2 от ЗОП се отнася до „конкретен модел“, „търговска марка“ и др., което би довело до облагодетелстване или елиминиране на някои продукти, в тежест на административния орган бе да установи по безспорен начин, че I. и N. са конкретни модели, посочването на които ограничава/елиминира участието на други продукти от други модели. Нито в административния акт, нито в други документи от преписката е посочено дали съществуват други модели, които да изпълняват заложените от възложителя технически изисквания относно компонентите на лаборатория „Колективна роботика“. Не е посочено и дали тези други модели имат сходни технически характеристики. Съдът не е длъжен да знае дали I. и N. са конкретни

модели или конкретни търговски марки, поради което и не би могъл да провери изводите на административния орган, че това са конкретни модели, чието посочване е елиминирало участието на други продукти от други модели. Изложеното също обуславя незаконосъобразност на административния акт.

След като не е налице соченото от административния орган нарушение на ППЗОП, то съдът намира, че не е налице нарушение и на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта съгл. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, а оттам следва, че не е осъществена нередност по см. на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г., респ. по т. 11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередности. В частност, не се установява да са налице дискриминационни критерии по см. на т. 11, б. „б“ от Приложението, които да налагат определянето на финансова корекция.

Атакуваното решение като незаконосъобразно следва да бъде отменено.

При този изход на спора в тежест на ответника остават направените от него разноски. Жалбоподателят претендира разноски, поради което ответникът следва да бъде осъден да му заплати юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от УП на изпълнителна агенция "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж", агенцията е самостоятелно юридическо лице със седалище в С.. Следователно административният орган, издател на акта, е част от структурата на Изпълнителна агенция "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" към министъра на образованието и науката, което означава че самата агенция съгл. чл. 143, ал. 1 от АПК следва да се осъди да заплати направените разноски, а не МОН.

В горния смисъл са напр. Определение № 678 от 16.01.2020 г. на ВАС по адм. д. № 13210/2019 г., 5-членен с-в, Решение № 13021 от 26.10.2018 г. на ВАС по адм. д. № 10411/2018 г. и др.

Водим от горното АССГ

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Институт по роботика Св. А. и Е. М.-Б. решение № 0901-11/01.04.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по договор № ЗОП 15/30.10.2019 г. с изпълнител ЦАПК Прогрес Г. АД на стойност 65 047,90 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж“ да заплати на Института по роботика Св. А. и Е. М.-Б. направените по делото разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева.

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

СЪДИЯ:

