

РЕШЕНИЕ

№ 4150

гр. София, 21.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 23.02.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **2655** 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. от АПК във вр. с чл. 73 ал.4 вр. с чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба вх. № 09-9/14.03.2022 г., подадена от ИНСТИТУТ ПО ИНФОРМАЦИОННИ И КОМУНИКАЦИОННИ ТЕХНОЛОГИИ - БАН срещу Решение № 09-9/24.02.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор № 10 Р./2021 / 17.08.2021г. с изпълнител РИСК-ЕЛЕКТРОНИК ООД, на стойност 411 824 лв. без ДДС, съответно 494 188,80 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на 3D апаратура и съпътстващо оборудване за лаборатория "Автоматизация на Иновативни технологични процеси" по проект "Изграждане и развитие на Център за Компетентност по Мехатроника и Чисти Технологии MIRACle", финансиран по ОП НОИР 2014-2020.

Жалбоподателят счита, че оспорваният акт е незаконосъобразен като издаден при съществено нарушение на административнопроизводствените правила и противоречие с материалноправните разпоредби. Счита, че изводите на ответника за наличие на нередност е незаконосъобразен, като подробно конкретизира техническите

изисквания на които отговаря предмета на поръчката и обобщава ,че поради неправилно тълкуване на техническата терминология дадена в условията на поръчката ,УО е достигнал до неправилен извод за несъответствие на избраната оферта с предварително зададените изисквания на възложителя. С оглед на изложеното иска се отменя на оспорения административен акт, като незаконосъобразен.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез процесуален представител поддържа жалбата си , моли съда да отмени оспорения индивидуален административен акт по изложените в същата съображения. Доводи за незаконосъобразност са изложени и в писмени бележки. Претендира разноски по делото.

Ответникът - Изп.директор на ИАПО и Ръководител на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ , чрез процесуалния си представител , оспорва жалбата, като подробни доводи за неоснователността ѝ е изложил представените по делото писмени бележки . Претендира разноски по делото.

Софийска градска прокуратура - редовно уведомена, не изпраща представител и не взема становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III отделение, 2-ри състав 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:

Не се спори между страните по делото, че жалбоподателя е бенефициент по договор № BG05M2OP001-1.002 -0011 –C01 / стр.476 от делото / по проект: "Изграждане и развитие на Център за Компетентност по Мехатроника и Чисти Технологии MIRACle", финансиран по ОП НОИР 2014-2020.

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения жалбоподателят, в качеството му на бенефициент по предоставената помощ е провел процедура за възлагане изпълнението на обществена поръчка, с предмет: „Доставка на 3D апаратура и съпътстващо оборудване за лаборатория „Автоматизация на иновативни технологични процеси“ по проект BG05M2OP001-1.002 -0011“ .

При извършен от УО последващ контрол на документи по горепосочения проект е констатирано съмнение за нередност, което е основание за налагане на финансова корекция ,за което жалбоподателя е бил уведомен с писмо № № BG05M2OP001-1.002-0011-C02-M128 от 24.01.2022 г. /стр.68 и сл.от делото/,на основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ИСУН/. Депозирани е писмено възражение по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ / стр.50 и сл.от делото /,което е обсъдено в оспореното пред настоящата инстанция Решение № 09-9/24.02.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г .

С последното е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор № 10 Р./2021 / 17.08.2021г. с изпълнител РИСК- ЕЛЕКТРОНИК ООД, на стойност 411 824 лв. без ДДС, съответно 494 188,80 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена

поръчка с предмет: „Доставка на 3D апаратура и съпътстващо оборудване за лаборатория "Автоматизация на Иновативни технологични процеси" по проект "Изграждане и развитие на Център за Компетентност по Мехатроника и Чисти Технологии MIRACle", финансиран по ОП НОИР 2014-2020.

Установеното нарушение е квалифицирано по чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във вр. с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП и е приложил пропорционалния метод за определяне на ФК в размер определен в т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата да посочване на финансови корекции и процентите показатели за определяне размера на финансова корекция по реда на ЗУСЕСИФ- Неправилно приложени технически спецификации .

В мотивите на акта е прието от фактическа страна, следното :

В документацията в т. IV. Технически спецификации, Възложителят е поставил условията за „Минимални задължителни технически изисквания“ в табличен вид, като за да приеме ,че е налице горепосочената нередност ,УО се е позовал на следните констатации:

- За актив 3D принтер ABS. марка Ultimaker. модел Ultimaker S5 и установеното несъответствие между минималното изискване на възложителя „Скорост на изграждане - не по- малка от 24 mm³/s“ и офериранията от участника скорост на изграждане „по-голяма от 24 mm³/s“, която обаче не се подкрепя от приложената от участника техническата брошура, според която скоростта на изграждане е по- малка от 24mm³/s (<24 mm³/s) , както и от направената от УО проверка в сайта на производителя. Относно тази констатация бенефициентът е обяснил , че изискваният параметър „Скорост на изграждане“ не е независим параметър, а зависи от диаметъра на дюзата, скоростта на движение и технологията на изделието, в частност, че стойностите му се влияят от много външни и вътрешни параметри, например температурни особености на използваните материали за изграждане, състояние на устройството в процеса на експлоатация, сложност на принтирания 3Д модел и други, които в своята цялост и взаимосвързаност определят скоростта на изграждане, поради което в текста в заданието е посочено „не по-малко от 24 mm³/s като по този начин се определя граничната стойност, която устройството трябва да може да постигне при наличие на оптимални условия, за да отговаря на изискването.

В допълнение бенефициентът посочва, че за закупуването на този уред е предвидена стойност от 10 000 лв с ДДС, която кореспондира с 3Д принтер от по-нисък клас, поради което в конкретния случай, участникът, определен за изпълнител е предложил по-скъп принтер от по-висок клас, който се вменява във финансовите параметри на Възложителя съгласно одобрения бюджет, което е единствено и само в полза на Възложителя, а именно в рамките на определените по проекта средства е закупил оборудване с по-добри технически параметри. Посочено е ,че ако възложителят беше поставил изискване <24 mm³/s, щеше да е налице риск да се предложи 3Д принтер от много нисък клас, (с 2, 5 или 10 mm³/s), а Комисията на Възложителя нямаше да може да отхвърли тази оферта, поради което счита, че по този начин е постигнато оптимално съотношение „качество - цена“.

- За актив 3D Ръчен скенер за средно големи обекти, марка Artex, модел Artex3D Leo и установеното несъответствие между минималното изискване на възложителя „Скорост на 3D реконструкция : не по-малко от 24 кадъра/сек. за синтез в реално време“ и офериранията от участника скорост на 3D реконструкция 24 кадъра/сек. за синтез в реално време, която обаче не се подкрепя от приложената от участника

техническата брошура, според която скоростта на 3D реконструкция при синтез в реално време е 22 fps (кадъра в секунда), и което несъответствие допълнително се потвърждавало от направената от УО проверка в сайта на производителя.

Относно тази констатация бенефициента е посочил ,че комисията ,която е разглеждала офертите се е възползвала от предвидената в ЗОП възможност, регламентирана в чл. 104, ал. 5 от ЗОП и е извършила допълнително проучване на сайта на официалния представител на марката за България и е достигнала до обоснования извод, че представеното от участника, определен за изпълнител, предложение съответства на изискванията на възложителя,тъй като счита ,че представената към техническото предложение брошура е налице техническа грешка, като „параметрите на оферираното изделие се препотвърждават от публично достъпната информация на сайта на официалния представител на производителя за България “.

- За актив Монитор LenovoThinkVision P27q-2Q и установеното несъответствие между минималното изискване на възложителя монитора да има входен порт 1 брой USB 3.1 Type-C и оферираното от участника наличие на такъв входен порт, което обаче не се подкрепя от приложената от участника техническата брошура, според която предложеният монитор НЕ разполага с входен порт USB 3.1 Type - C и което несъответствие допълнително се потвърждавало от направената от УО проверка в сайта на производителя, така и от приемо-предавателния протокол за извършената доставка на това оборудване от 14.09.2021г., където са изброени портовете на доставения монитор Монитор LenovoThinkVision P27q-20, сред които не е посочен изисквания от възложителя входен порт 1x USB 3.1 Type – C.

В тази връзка бенефициентът посочва, че възложителят действително е поставил изискване за наличие на входен порт 1 брой USB 3.1 Type-C,като входните портове са входните интерфейси, чрез които се подава цифровия видео сигнал към монитора. Твърди, че съответствието с изискването се удовлетворява „чрез включен в окомплектовката кабел/преходник от USB 3.1. Type-C към Display port - фиг. 4“, чрез които цифров видеосигнал от източник с USB 3.1 Type-C порт с поддръжка на видео може да се подаде към Display port на монитора. Счита, че техническото задание не изключва възможността исканият порт да се реализира чрез переходник или кабел, като еквивалентно решение, което решение е възприето от участника, определен за изпълнител на обществената поръчка. Счита ,че предложеният монитор и неговата окомплектовка отговаря на изискванията като предоставя възможност за свързване с всички съществуващи цифрови видео интерфейси и покрива широка гама от сценарии за използване, като допълва, че мониторът има и бонус - и друг отделен USB 3.1 Type-B порт ,поради което предложеният и доставен от изпълнителя „РИСК-ЕЛЕКТРОНИК“ ООД монитор изцяло съответства на техническите изисквания на възложителя посочени в техническата спецификация.

Изложените обяснения ,съвпадат с тези посочени в жалбата пред съда,във връзка с възраженията за незаконосъобразност на оспореното решение за налагане на финансова корекция.

От така направеното сравнение е направен извод от УО , че предложеното от участника изпълнение не отговаря на минималните технически характеристики, заложи в Техническата спецификация на документацията, респ. на предварително обявените условия на поръчката, но въпреки това същият е избран за изпълнител. Поради тази причина участникът „РИСК-ЕЛЕКТРОНИК“ ООД неправомерно е

определен за изпълнител, въпреки че подадената от него оферта не отговаря на техническите спецификации на възложителя, което е в нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Съгласно тази разпоредба, възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. В конкретния случай избраният за изпълнител участник е трябвало да бъде отстранен, поради представяне на оферта, която не отговаря на техническите спецификации на възложителя. С тези си действия възложителят е нарушил разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от Закона за обществените поръчки (ЗОП, в приложимата към разглежданата процедура редакция), т.е. националното законодателство в областта на обществените поръчки, което съгласно чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ представлява основание за отмяна на финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ.

УО е квалифицирал нарушението като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (в сила от 10 март 2020 г.), тире първо от колона „Описание на нередността и примери“ - в резултат на което определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор.

Предвид изложената фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи: Решението за определяне на финансовата корекция е издадено от компетентен орган - Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“, който е и ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР по смисъла на чл. 9, ал. 5, във връзка с ал. 4 от ЗУСЕСИФ. Съгласно предвиденото в чл. 4, ал. 1 и чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ (обн. ДВ бр.86 от 2017г., в сила от 01.11.2017 г.), Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 -2020 г., а Изпълнителният директор на агенцията е ръководител на управляващия орган на ОП НОИР. Решението е издадено от материално и териториално компетентен орган, съгласно разпоредбата на чл.73. ал.1 от ЗУСЕСИФ, която предвижда, че финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В тази връзка по делото е представена и Заповед №РД-12-100/20.04.2021 г. на Министъра на образованието и науката, за назначаване на И. Н. П. на длъжността изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Програма за образование“.

Оспореното решение № 09-9/24.02.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., е издадено в писмена форма и съдържа както фактически, така и правни съображения, обосноваващи издаването му, поради което не страда от пороци засягащи неговата валидност.

При издаване на акта е спазено изискването на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаването на решението управляващият орган е осигурил възможност на бенефициента да представи, в не по-кратък от две седмици срок, своите писмени

възражения по основателността и размера на финансовата корекция, а решението е издадено след представянето тези възражения. Също така е спазено и предвиденото в чл.73, ал.3, предложение последно от ЗУСЕСИФ специално изискване в мотивите му да се обсъдят представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В тази връзка не е налице съществено нарушение на административно производствени правила, които да съставляват основание за неговата отмяна.

Решението съответства и на материалния закон.

От приетите като доказателство по делото писмени доказателства, представени с административната преписка и събраните от настоящата инстанция такива, заключението на вещото лице по С. съдът намира жалбата за неоснователна.

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.

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер, съгл. чл.73 от ЗУСЕСИФ /сега с ново наименование ЗУСЕФСУ/. Според чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай, тя е започнала по инициатива на управляващия орган и е налице допустим способ за инициране на административното производство. Жалбоподателят е уведомен писмено както за осъществения последващ контрол по законосъобразност на проведената обществена поръчка, така и за установените в хода на тази проверка нарушения - описани са нарушенията, правната им квалификация по ЗОП, в коя хипотеза на Наредбата за посочване на нередности попадат нарушенията и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен. Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция ръководителят на УО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такъв срок е предоставен на жалбоподателя и той е упражнил правото си да направи възражение, което е обсъдено подробно в мотивите на решението и са изложени аргументи защо не е прието изцяло.

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приложим към момента на издаване на оспорения АА /обн. ДВ, бр. 101/22.12.2015 г., в сила от 25.12.2015 г., според чл. 1 ал. 1 от същия, се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1 ал. 2 ЗУСЕСИФ, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България.

В раздел III от глава пета от Закона за управление на средствата от Европейските

структурни и инвестиционни фондове са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл. 69 ал. 1 ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2 т. 36 и 38 от Регламент № 1303/2013 /пълното наименование на нормативния акт е Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 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.143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган.

В случая липсва спор по делото, че жалбоподателя като бенефициер в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, 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.

Както се посочи по-горе в мотивите на решението УО е приел като правно основание за налагане на финансовата корекция чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ.

Като нарушени от страна на националното законодателство УО е посочил нормите на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП,а съгласно приложимата в случая 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, приета с ПМС № 57 Обн. ДВ. бр. 27 от 31.03.2017г., изм. ДВ. бр. 68 от

22.08.2017г., изм. ДВ. бр.67 от 23.08.2019г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06.03.2020 г. е посочена т.14 от Приложение I към същата.

Видно от чл. 1, ал. 1, Наредбата се прилага при констатиране на случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. В чл. 2, ал. 1 е посочено, че нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

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.

Съгласно разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. "а" от ЗОП, 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.

В оспореното решение № 09-9/24.02.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., подробно и ясно са изложени несъответствията на офертата предложена от изпълнителя „РИСК-ЕЛЕКТРОНИК“ ООД и посочените в т. IV. Технически спецификации, където Възложителят е поставил условията за „Минимални задължителни технически изисквания“ в табличен вид. Конкретните несъответствия са както следва:

По отношение на 3D принтер ABS, марка Ultimaker, модел Ultimaker S5 - видно от сравнителната таблица, находяща в техническото предложение, на заложеното от възложителя изискване: „Скорост на изграждане - не по-малка от 24 mm³/s“, участникът е оферирал: „по-голяма от 24 тт³/s“, но предложението му не се подкрепя от приложената към офертата техническа брошура, според която скоростта на изграждане е по-малка от 24 mm³/s (<24 mm³/s).

По отношение на Ръчен скенер за средно големи обекти, марка Artex, модел Artcc3D Leo - видно от сравнителната таблица, находяща в техническото предложение, на заложеното от възложителя изискване: „Скорост на 3D реконструкция: не по- малко

от 24 кадъра/сек, за синтез в реално време“, участникът е оферирал: „24 кадъра/сек. за синтез в реално време“, но предложението му не се подкрепя от приложената към офертата техническа брошура, според която скоростта на 3D реконструкция при синтез в реално време е 22 fps (кадъра в секунда).

По отношение на Монитор Lenovo Think Vision P27q-20 - видно от сравнителната таблица, находяща в техническото предложение, на заложеното от възложителя изискване: да има входен порт 1 брой USB 3.1 Type-C участникът е оферирал: наличие на такъв входен порт, но предложението му не се подкрепя от приложената към офертата техническа брошура, според която предложеният монитор НЕ разполага с входен порт USB 3.1 Type - C.

От така направеното сравнение се доказва, че предложеното от участника изпълнение не отговаря на минималните технически характеристики, заложен в Техническата спецификация на документацията, респ. на предварително обявените условия на поръчката, но въпреки това същият е избран за изпълнител. Поради тази причина участникът „РИСК-ЕЛЕКТРОНИК“ ООД неправомерно е определен за изпълнител, въпреки че подадената от него оферта не отговаря на техническите спецификации на възложителя.

В процесния случай от установеното от УО на ОПНОИР и изложеното от бенефициента във възражението си не може да се направи обоснован извод, че „ е постигнат максимален резултат, при който в резултат на изпълнението на всички заложен от възложителя изисквания в обявлението и документацията за участие е достигната и максимално изгодна цена за изпълнение на поръчката, която не само не е нанесла щета на бюджета на ЕС, а е генерирала значителна икономия на средствата по одобрения бюджет на проекта“. Това е така ,предвид обстоятелството ,че след като комисията е избрала изпълнител, който не отговаря на изискванията на Възложителя, без да са налице основанията за това, то е налице опорочена процедура. Общественият интерес от участие в процедурата е засегнат, поради което се приема, че са нарушени принципите на възлагане на обществени поръчки - равнопоставеност и недопускане на дискриминация, което е довело в крайна сметка и до сключване на договора с изпълнител, с който не е следвало да бъде сключван договор. Опорочената процедура и неправомерно сключения договор с изпълнител, който не отговаря на изискванията на Възложителя (в случая на техническата спецификация), във всички случаи лишават възложителя от възможността да избере финансово най-изгодната за него оферта, поради това в тези случаи се касае за хипотеза, при която за бюджета на Европейския съюз, с чиито средства се финансира изпълнението на поръчката, би могло да настъпи вреда. В обобщение на изложеното съдът намира, че жалбоподателят действително е допуснала нарушения на чл. 70, ал. 9 от ЗУСЕСИФ / сега с ново наименование ЗУСЕФСУ/ и чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП.

В този смисъл е верен изводът на органа, че нарушението представлява нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) (Наредбата). По-конкретно нарушението попада в описаната в тире първо на т.14 хипотеза - определен е за изпълнител участник, който не отговаря на техническите

спецификации. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

На следващо място, събраните доказателства сочат, че е налице и последната кумулативно изискуема предпоставка за налагане на финансова корекция, доколкото допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество. В тази връзка съдът напълно споделя извода на административния орган, че предвид националното и европейското законодателство (цитираната по-горе дефиниция за нередност, както и определението, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година), наличието на реална вреда не се поставя като изискване. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасяне на вреда на общия бюджет. От това следва, че нито националното, нито европейското законодателство изискват доказване на наличието на реална вреда, доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, а в случая безусловно такава възможност е налице. Това от своя страна изключва застъпената от оспорващия теза за липса на реално настъпила щета, представляващо основание за липса на подлежаща на финансова корекция нередност.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ, който гласи: „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи“. В този смисъл е и чл.3, ал.2 от Наредбата: “Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно – чрез пропорционален метод”. Поради спецификата на конкретното нарушение, безусловно рефлектиращо върху конкуренцията в поръчката, обективно е невъзможно да се определи точен размер на причинената вреда, тъй като не е възможно да се установи кои икономически обекти на пазара не са участвали в проведената от ИИКТ процедура за възлагане на обществена поръчка, както и каква би била стойността на договора за изпълнение при друг участник. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е установил въз основа на каква база следва да се изчисли размера на финансовата корекция. Ето защо и доводите на жалбоподателят изложени в обратната насока не се споделят от настоящия съдебен състав на съда.

Не следва да се обсъждат подробно възраженията на жалбоподателя в жалбата

, тъй като същите са идентични с тези изложени срещу писмо № 09- 9/24.01.2022 г., изпратено чрез ИСУН 2020 , с което са уведомени за налагане на финансова корекция и са подробно обсъдени от УО в решението му по чл.73 от ЗУСЕСИФ. Същите се споделят напълно от настоящия състав.

По делото е работила С., чието заключение потвърждава извода на УО ,че предложеният 3D принтер с дюзата, с която е офериран и продаден на възложителя не може да достигне скорост на изграждане по-голяма от 24 mm³/s, с което не изпълнява и не съответства на поставените от възложителя минимални технически изисквания.

В приложената брошура е посочено, че за 3D Принтер Ultimaker S5 с диаметър на дюзата 0,4 мм, скоростта на изграждане е по - малка от 24 mm³/s, от което следва извода, че предложената в техническото предложение от участника скорост на изграждане по - голяма от 24 mm³/s не се потвърждава нито от брошурата на устройството, нито от експертизата на вещото лице. С други думи , за да отговаря на изискванията на възложителя е следвало да бъде офериран принтер, който е с дюза с диаметър 0,8 mm, включена в цената на принтера и това да е видно от приложената брошура на изделието. Това, че принтерът постига скорост по-голяма от 24 mm³/s с една от възможните дюзи посочени в брошурата е неотнормимо към спора, тъй като възложителят съгласно документацията на поръчката е обявил, че иска да получи 3D Принтер, чийто параметър „скорост на изграждане“ е по-голяма от 24 mm³/s, но оферираният не е такъв.

По отношение на: Ръчен скенер за средно големи обекти, марка Artec, модел Artec3D Leo, е налице разминаване между поставеното от възложителя минимално изискване за „Скорост на 3D реконструкция: не по малко от 24 кадъра/сек. за синтез в реално време“ и оферираното от участника. Твърдяното от жалбоподателя разминаването в параметрите като техническа грешка в приложената от участника брошура на производителя, и на сайта му не се установява от събраните по делото доказателства. Липсват доказателства за документирана проверка в сайта на официалния представител, който доставя уредите за България.

По отношение на: Монитор Lenovo Think Vision P27q-20, жалбоподателят твърди, че осъществяването на връзката е решено чрез преходник, което било допустимо и валидно техническо решение и същото било допустимо, защото в документацията било предвидено, че „При посочване на стандарти, спецификация, техническа оценка, техническо одобрение, конкретен модел, източник, специфичен процес, търговска марка, патент, тип, конкретен произход или производство, следва навсякъде да се четат с „или еквивалентно/и“. Споделимо е становището на УО, че от представената му по обществената поръчка документация е установено , че в техническото предложение на участника е предложен монитор с вход: 1 брой USB 3.1 Type-C, т.е. такъв какъвто възложителят е заложил, а не еквивалентно решение. Също така УО е установил, че предложението в офертата вход не се доказва от брошурата на производителя, приложена към офертата.

От изложеното следва ,че административният акт е постановен и при съблюдаване на материалния и процесуалния закон ,което обуславя неговата законосъобразност респ . неоснователност на подадената срещу него жалба.

Предвид този изход на спора и своевременно направеното от процесуалния представител на ответника искане за разноси по правилата на чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ такива следва да се присъдят в размер на 200 лева Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, втори

състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ИНСТИТУТ ПО ИНФОРМАЦИОННИ И КОМУНИКАЦИОННИ ТЕХНОЛОГИИ - БАН срещу Решение № 09-9/24.02.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор № 10 Р./2021 / 17.08.2021г. с изпълнител РИСК-ЕЛЕКТРОНИК ООД, на стойност 411 824 лв. без ДДС, съответно 494 188,80 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на 3D апаратура и съпътстващо оборудване за лаборатория "Автоматизация на Иновативни технологични процеси" по проект "Изграждане и развитие на Център за Компетентност по Мехатроника и Чисти Технологии MIRACle", финансиран по ОП НОИР 2014-2020, като неоснователна

ОСЪЖДА ИНСТИТУТ ПО ИНФОРМАЦИОННИ И КОМУНИКАЦИОННИ ТЕХНОЛОГИИ - БАН да заплати на Изпълнителна Агенция „Програма за образование“ сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение. Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: