

РЕШЕНИЕ

№ 5140

гр. София, 10.08.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 71 състав,
в публично заседание на 06.07.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Бозуков

при участието на секретаря Десислава В Симеонова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разгледа дело номер **3508** по описа за **2021** 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 средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на ИНСТИТУТ ЗА ЕТНОЛОГИЯ И ФОЛКЛОРИСТИКА С ЕТНОГРАФСКИ МУЗЕЙ ПРИ Б., с БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], [жилищен адрес] представлявано от В. П., ЕГН: [ЕГН] - Директор, чрез адв. Е. С. Р., САК, със съдебен адрес: [населено място], [жк], район Студентски, [улица], против Решение № Р01-4/18.03.2021 г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС, съответно 79 888,34 лв. с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Българска академия на науките“, катона основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 2017 г., изменена с ПМС № 35 от 2020 г. е

наложена максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 19 972,09 лв. с ДДС и на основание чл. 72, ал. 3, изречение второ от ЗУСЕСИФ е решено определеният процентен показател по т. I да се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС.

С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение като постановено при съществени нарушения на приложимия процесуален и материален закон, както и в противоречие с целта на закона.

Жалбоподателят ИНСТИТУТ ПО ЕТНОЛОГИЯ И ФОЛКЛОРИСТИКА С ЕТНОГРАФСКИ МУЗЕЙ ПРИ Б., редовно призван, не изпраща представител.

Ответникът ИЗПЪЛНИТЕЛНИЯ ДИРЕКТОР НА ИЗПЪЛНИТЕЛНА АГЕНЦИЯ ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА "НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ ЗА ИНТЕЛИГЕНТЕН РАЗТЕЖ" И РЪКОВОДИТЕЛ НА УПРАВЛЯВАЩИЯ ОРГАН НА ОПНОИР, редовно призван, се представлява от юрк. Г., която моли съдът да отхвърли жалбата като неоснователна и недоказана. Моли съдът да остави в сила решението като законосъобразно и издадено при спазване на административнопроизводствените правилата. Моли да ѝ бъде даден срок за писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

За СГП, редовно уведомена, се явява прокурор Н., която счита жалбата за неоснователна.

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

От данните по делото се установява, че жалбоподателят е кандидатствал по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M20P001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на Център за върхови постижения „Наследство БГ“ поради наличие на твърдени от УО нарушения при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Българска академия на науките“ (номер в Р. -9097389/19.03.2020 г.).

В изпълнение на задълженията си по договора, жалбоподателят е провел обществена поръчка и е сключил договор без номер от 15.06.2020 г. със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС, съответно 79 888,34 лв. с ДДС, с предмет „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Българска академия на науките “.

При проверка на възложената обществена поръчка и сключения договор било констатирано нарушение, посочено в писмо с изходящ № 0401-10/05.02.2021 г. за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. № BG05M20P001-1.001-0001-C03-M204 от 05.02.2021 г., в което се изразява следното:

Неправилно прилагане на техническите спецификации на поръчката, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на същите.

В писмото Управляващият орган изложил становището си относно неправилно прилагане на условията на техническата спецификация от страна на оценителната

комисия. Констатирано е нарушение по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, като за изпълнител е избран участник, чието техническо предложение не отговаря на условията на възложителя. Подробни аргументи по отношение на констатираното нарушение са изложени в посоченото по-горе писмо за стартиране на процедурата по определяне на финансова корекция.

В писмото за стартиране на процедурата по определяне на финансова корекция за констатираното нарушение Управляващият орган е изложил аргументи, поради които счита, че нарушението следва да бъде квалифицирано като нередност, аргументирал е наличието на основания за определяне на финансова корекция по т. 14, колона № 2, първо тире от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 2017 г, изм. и доп. С ПМС № 35 от 2020 г. и е посочил размер на финансови корекции - 25% от предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи) по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], в резултат на проведената обществена поръчка с предмет „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Българска академия на науките " (номер в Р.-9097389/19.03.20 г.).

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е дал възможност на бенефициента Института за етнология и фолклористика с етнографски музей при Б. да представи възражения по основателността и размера на предложените финансова корекция и при необходимост да приложи доказателства.

На 18.02.2021 г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M20P001-1.001-0001-C03-M210 бенефициентът е подал своите възражения, като чрез тях не приема и възразява срещу наличието на хипотези на нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, като възразил и срещу основанието и размера на предложената финансова корекция.

Като първа част от възраженията си бенефициентът намира твърденията на УО за неясни, несъответни на обективните факти, неоснователни, необосновани и неподкрепени със солидни доказателства.

Отбелязва, че твърденията на УО за наличие на конкретни несъответствия между офертата на избрания за изпълнител участник и техническата спецификация на възложителя се основават на констатации, които са твърде общи и неясни. Изразява становище, че от писмото за констатиране на нередности трудно може да се установи в кои точно документи проверката е установила посочването на параметри на офертираната техника, неотговарящи на изискванията.

Счита също, че по този начин УО е ограничил възможността на бенефициента пълноценно да упражни правото си на възражение, което да почива на конкретна фактология.

Отбелязва, че заключенията на УО за допуснати несъответствия не кореспондират с фактите по случая, като не изключва възможността същите да са резултат на недоразумение или на техническа неточност в някои от проверяваните документи.

Като допълнение бенефициентът заявява, че доставената при изпълнение на договора техника напълно съответства на всички технически изисквания, заложиени в документацията и техническата спецификация, като подкрепя твърдението си с факта, че при сравняване на изискванията от техническата спецификация, която е публично достъпна на сайта на възложителя, и офертата на определения за изпълнител участник, в нейната цялост и съвкупност от документи, по безспорен и категоричен начин се установява, че двете са в пълно съответствие и не са налице твърденията на УО за разминавания по отношение на параметрите на предложената компютърна техника.

В заключение бенефициентът пояснил „както става ясно от наведените по-горе аргументи, в случая категорично не е определен за изпълнител участник, чието предложение не отговаря на изискванията, заложиени в техническата спецификация за обществената поръчка“. Бенефициентът прилага следните документи, като доказателства по гореизложеното:

1. Три броя приемно-предавателни протоколи за извършена доставка.
2. Три броя приложения, съответно към трите приемно-предавателни протокола.
3. Снимков материал на елементи от доставеното оборудване.
4. Контролни листа от проведена от УО проверка на място.
5. Приложение към техническа оферта.

Управляващият орган не приел така изложените аргументи и твърдения по следните съображения:

Във възражението на бенефициента не била налична информация, на основата на която може да се установи как комисията, разглеждайки техническото предложение на избрания за изпълнител участник, е установила пълното му съответствие с минималните изисквания, заложиени в техническата спецификация.

Последващият контрол за законосъобразност на проведената обществена поръчка е извършен от УО въз основа на предоставените от бенефициента (чрез ИСУН 2020, раздел „Процедури за избор на изпълнител и сключени договори“) документи, касаещи работата на комисията при определяне на изпълнителя на обществената поръчка. Също така УО направил и сравнение с публикуваните в профила на купувача документи относно проведената обществена поръчка. Техническото предложение на избрания за изпълнител било публикувано на двете места като същото, според протокола от работата на комисия, е разгледано по време на оценка на офертите. От техническото предложение на избрания за изпълнител било видно, че техническите параметри на предлаганото оборудване (конкретно за „Настолен компютър“, редове № 2, 3, 4 и 6) не съответстват на минималните изисквания, определени от изпълнителя. Това обстоятелство било видно и от приложенията на фиг. 1 и фиг. 2 извадки от техническото предложение на избрания за изпълнител. Към писмените си възражения бенефициентът е приложил документ „Приложение към техническа оферта“, издаден на 30.03.2020 г. и подписан от управителя на избрания за изпълнител. С него изпълнителят е коригирал допуснати технически грешки в техническото си предложение.

Документът не бил приет от УО, тъй като такъв документ, към момента на последващия контрол за законосъобразност, не бил наличен нито в ИСУН 2020, нито в профила на купувача. Също така не било ясно кога този документ е станал известен на възложителя. Видно от Регистъра на участниците, „С. Д.

С.“ е подал офертата си на 30.03.2020 г. в 11:00 часа. В случай че до крайния час за подаване на оферти участникът е констатирал допусната техническа грешка, то той е имал време да оттегли офертата си, да промени техническото си предложение и отново да подаде своята, вече коригирана оферта. Но това обстоятелство, по оттегляне и повторно подаване на оферта, би следвало да бъде отразено в Регистъра на участниците.

В допълнение, не можело да се приеме, че въпросният документ „Приложение към техническа оферта“, към момента на подаване на офертата е бил в запечатания плик с документи за участие, подаден от участника, защото не е логично участникът, преди да подаде офертата си, да е констатирал наличието на грешка в техническото си предложение и да е написал втори документ, който не е по образец и изисквания на възложителя, вместо да поправи техническото си предложение.

Управляващият орган не приел останалите приложени към възражението документи, защото те били относими към по-късен етап от процедурата за провеждане на обществена поръчка.

Нарушението било извършено по време на разглеждане и оценка на документите на участниците и комисията не би могла да знае какви компютри и с какви технически параметри ще бъдат доставени.

Не можело да се приеме и становището на възложителя, че констатациите на УО са неясни, несъответни на обективните факти и твърде общи, тъй като в писмото за констатиране на нередност, изпратено до бенефициента, ясно и недвусмислено е описан видът на констатираната нередност.

Във втората част от възраженията си бенефициентът излага гледната си точка по отношение на правилата за налагане на финансови корекции.

В заключение бенефициентът намира твърденията на УО, посочени в писмото, за неоснователни и правно необосновани. Моли предложението за налагане на финансова корекция да бъде преразгледано и същото да отпадне, но УО не приел и тези аргументи.

С оглед всичко гореизложено Управляващият орган потвърдил становището си, изразено в писмото за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, съгласно което установеното по-горе нарушение на правилата, уредени в чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП съставлява нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, за която е налице основание за издаване на решение за определяне на финансова корекция.

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

Нередността е установена преди плащане на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатият договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС, съответно 79 888,34 лв. с ДДС. С оглед гореизложеното, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във връзка с чл. 5, ал. 1 и ал. 3 от горепосочената Наредба и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, за допуснатото нарушение 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 без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС.

Съобразно изложените мотиви и на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП и т. 14, първо тире от колона № 2 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на горепосочената Наредба, за установените нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по реда на глава четвърта от ЗУСЕСИФ, извършени чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, след разглеждане на възраженията от страна на бенефициента, определил финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС, съответно 79 888,34 лв. с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Българска академия на науките“, като на основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 2017 г., изменена с ПМС № 35 от 2020 г. е наложена максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 19 972,09 лв. с ДДС и на основание чл. 72, ал. 3, изречение второ от ЗУСЕСИФ УО решил определеният процентен показател по т. 1 да се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС.

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 71 –ви състав направи следните правни изводи:

Жалбата е подадена в срок, чрез административния орган до съда от надлежна страна имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

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

Решението за определяне на финансовата корекция е издадено от компетентен орган - Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, 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 „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (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 №РД12-251/30.10.2017 г. (описана под № 2 от описа на преписката) на Министъра на образованието и науката, за назначаване на К. Р. Г. на длъжността изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“. Със същата се удостоверява и персоналната компетентност на подписалото оспореното решение лице.

В изпълнение на чл. 73, ал.1 ЗУСЕСИФ финансовата корекция е определена по основание и размер с мотивирано решение, съставено в изискуемата писмена форма и съдържа както фактически, така и правни съображения, обосноваващи издаването му. В разпоредителната част на акта се съдържа информация за вида на нарушенията и за адресата на правното задължение. В обстоятелствената част подробно, точно и ясно са описани фактическите данни, въз основа на които е наложена финансовата корекция на Института за етнология и фолклористика с етнографски музей при Б..

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 административнопроизводствени правила.

Фактическите и правните основания за определяне на корекцията са подробно посочени в Писмото (описано под № 8 от описа на преписката) за стартиране на процедура за определяне на финансова корекция с изх. № 0401-10/05.02.2021 г., изпратено чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. №

B005M20P001- 1.001-0001-C03-M204 от 05.02.2021 г., както и в Решение № 01-4/18.03.2021 г. за определяне на финансовата корекция, приложени като доказателства по делото. Видно от цитираните Писмо за стартиране на процедура по определяне на ФК и Решение за определяне на ФК, приложени към административната преписка при проверката на обществената поръчка УО е констатирал нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Нарушението се изразява в неправилно прилагане на условията на техническата спецификация от страна на оценителната комисия в резултат на което за изпълнител е избран участник, чието техническо предложение не отговаря на условията на възложителя.

В Техническата спецификация, която е част от документацията на поръчката Възложителят е поставил условията за „Минимални задължителни технически изисквания“ в табличен вид. Конкретните несъответствия са както следва:

По отношение на „Настолен компютър“, редове № 2 и 3 от техническата спецификация - видно от сравнителната таблица, участникът е предложил в конкретните два типа компютри да вложи оперативна памет 2x40В ОБК.4 2400 МНг, която е с по-ниска честота от заложената в техническата спецификация на Възложителя, а именно 2x4СВ ООК4 2666 МНг.

По отношение на „Настолен компютър“, ред № 4 от техническата спецификация -видно от сравнителната таблица, участникът е предложил в конкретния тип компютър да вложи оперативна памет 2x4СВ ПВД14 2400 МНг, която е с по-малък капацитет и по- ниска честота от заложените в техническата спецификация на Възложителя, а именно 2x8СВ *ВОЯ4* 2666 МНг.

По отношение на „Настолен компютър“, ред № 6 от техническата спецификация -видно от сравнителната таблица, участникът е предложил в конкретния тип компютър да вложи твърд диск с капацитет 1 ТВ, който е с по-малък обем от заложения в техническата спецификация на Възложителя, а именно ЩЮ 4 ТВ.

От така направеното сравнение се доказва, че предложеното от участника изпълнение не отговаря на минималните технически характеристики, заложили в Техническата спецификация на документацията, респ. на предварително обявените условия на поръчката, но въпреки това същият е избран за изпълнител. Поради тази причина участникът [фирма] неправомерно е определен за изпълнител, въпреки че подадената от него оферта не отговаря на техническите спецификации на възложителя. Съгласно чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. В конкретния случай изборът 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.

Съгласно член 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013 „нередност“ 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. Нередност е налице и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на вреда на бюджета.

Установеното съставлява нарушение по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове във връзка с чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, произтичащо от действие на възложителя Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Б. - изразяващо се в неправилно прилагане на техническата спецификация на поръчката, в резултат на което е определен за изпълнител участник, чието техническо предложение не отговаря на заложените в техническата спецификация минимални изисквания, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. В случая техническата спецификация е приложена неправилно и участникът [фирма] неправомерно е определен за изпълнител, въпреки че подадената от него оферта не отговаря на техническите спецификации на възложителя.

В конкретния случай, нанасянето на вреда на средствата от ЕСИФ се изразява, в това, че ако всички потенциални кандидати по обществената поръчка са могли да знаят, че възложителят ще приеме оферти, които не отговарят на техническите му спецификации, то и други кандидати са могли да подадат своите оферти и то при по - изгодни ценови параметри. Предвид обаче, характера на нарушението вредата не може да бъде конкретно определена. Процесното решение е издадено на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, в който е предвидено, че 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, а според чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови

корекции по ал.1, т.9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет - визираната по-горе Наредба, приета на основание чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ.

В Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата, в редакцията действаща към момента на постановяване на оспореното Решение, в Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ е предвидено (в т.14), че нередност е „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно.“ В същата точка 14 е определен и процентния показател от 25 на сто.

Предвид горецитираното процесния акт не противоречи на материалноправните разпоредби, поради което следва да бъде потвърден.

По отношение на наведените в жалбата твърдения, че „оспореният административен акт е немотивиран“, съдът счита че същото е неоснователно. Приведеният в подкрепа на твърдението довод, че „посочените от административния орган фактически основания, не съответстват на правните основания, под които са подведени“ е заявен декларативно и не е подкрепен с факти и доказателства, от които да може да се направи обоснован извод, за основателността му. Следващия довод на жалбоподателя, а именно че „доставеното оборудване съответства изцяло на техническото задание“ е неотнositим към спора по същество, тъй като същият касае несъответствие на офертата на избрания изпълнител със заложените изисквания на възложителя в техническата спецификация, а не извършената впоследствие доставка. Възложителят е направил избора на изпълнител въз основа на информацията съдържаща се в подадената от него оферта, а не въз основа на бъдещото разминаване между офертата му и направената от него доставка. Това, че изпълнителят е направил доставка, която не отговаря на офертата му (която оферта е оценена и класирана) е предмет на евентуално друго нарушение, което не е предмет на настоящия спор. Видно и от т.14 към която е подведено нарушението на чл. 107, т.2, буква „а“ от ЗОП, същата се намира в раздел втори „Оценяване на предложения за избор на изпълнител“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, т.е. нарушението е извършено на етап оценка и всякакви факти от периода след сключване на договора и неговото изпълнение, не биха могли да бъдат отнесени към момента на извършване на оценка на техническите предложения, съдържащи се в офертите на кандидатите.

На следващо място жалбоподателят навежда твърдение, че „УО не е обсъдил възраженията и доказателствата представени от бенефициента“. Твърдението обаче не съответства на доказателствата представени по административната преписка. От издадения акт (процесното Решение) е видно, че доколкото изобщо във възражението на бенефициента са открити някакви твърдения, дори и неотнositими към нарушението (тъй като възражението до стр. 7 съдържа единствено преразказ на писмото, с което бенефициента е уведомен за стартиране на процедурата за определяне на ФК) същите са цитирани и коментирани в решението, както и са изложени мотиви защо не могат да бъдат приети или защо са неотнositими към нарушението. В решението за определяне на финансовата корекция възраженията на бенефициента са подробно и изчерпателно обсъдени (стр. 4-11), предвид което твърдението му

за процесуално нарушение при издаване на ИАА не е нито обосновано, нито се доказва от наличната документация по преписката.

По отношение на твърденията на жалбоподателя, че „нарушението не отговаря на кумулативните изисквания от определението за нередност“ и „липсва връзка между фактическото установяване на УО и хипотезата, под която то е подведено“.

За първото твърдение жалбоподателят не посочва на кой от елементите на дефиницията за нередност не съответства нарушението и защо. Потвърждава, че първият елемент на определението за нередност е изпълнен, т.е. че жалбоподателят има качеството на икономически оператор. Съгласно член 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013 „нередност“ 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. Вторият елемент - нарушение на правото на Съюза или на националното право, обаче също е налице и нарушението е в резултат на действията на възложителя/икономически оператор, с които действия същият е избрал за изпълнител на поръчката участник, който е подал оферта, която не съответства/отговаря изцяло на изискванията/условията на възложителя, заложили в обществената поръчка и обявени за всички потенциалните кандидати по процедурата. С така извършения избор, възложителят е нарушил чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, т.е. налице е нарушение на националното законодателство и то от действията на икономическия оператор - Институт за етнология и фолклористика с етнографски музей при Б.. Третият елемент - има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза, също е налице, поради следното: ако всички потенциални кандидати по обществената поръчка са могли да знаят, че възложителят ще приеме оферти, които не отговарят на техническите му спецификации, то и други кандидати са могли да подадат своите оферти и то при по - изгодни ценови параметри. Точно в това се изразява и вредата, която в случая не може да бъде конкретно определена или доказана, а е хипотетична, има вероятност да е настъпила, т.е. създадени са благоприятни условия за настъпването ѝ, но не е необходимо да се докаже дали е настъпила и какво е финансовото ѝ изражение.

За второто твърдение на жалбоподателя, цитирано по горе, съдът счита, че констатацията на УО, че офертата на избрания изпълнител не съответства на техническите спецификации на възложителя води до извод, че при оценката на офертите, т.е. след отварянето им възложителят не е спазил собствените си изисквания и след като не е констатирал несъответствията на техническото предложение съобразно техническата спецификация е избрал за изпълнител участник, чиято оферта не отговаря на изискванията/условията, които са били обявени при откриване на процедурата. Нарушението напълно съответства на състава на т. 14 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Видно от текста на т. 14, под която е подведено нарушението

„техническите спецификации са променени след отваряне на офертата или са приложени неправилно, в резултат на което е избран за изпълнител кандидат или участник който не отговаря на техническите спецификации“, е че в конкретния случай има неспазена от страна на възложителя техническа спецификация или с други думи избран е за изпълнител участник, който е представил оферта, която не отговаря на техническата спецификация, одобрена от възложителя. Това е видно и се доказва от фиг. 1 и фиг. 2 (представляващи извадка от техническото предложение на изпълнителя) и включени в процесното Решение, от които ясно и категорично се вижда какви са били изискванията на възложителя и какво е предложението на участника. Мотивите, с които жалбоподателят подкрепя горните си твърдения са неотнормими към спора и установеното нарушение. Това, че в бюджета на одобрения проект е предвидено финансиране именно за такова оборудване, каквото е описано в техническото задание по поръчката, нито е спорно, нито е част от нарушението. На следващо място, това че спечелилият участник е доставил именно това оборудване отново не е спорно и не е част от мотивите за извършеното нарушение. Този факт не може да послужи за преодоляване на допуснатото нарушение, както и не може да обоснове липса на финансово изражение на нередността. Това е така, защото както е изяснено в процесното решение, ако всички потенциални участници са могли да знаят предварително при обявяване на поръчката, че възложителя няма да приложи/спази заложените в техническата спецификация изисквания, то и други участници са могли да подадат оферти и то с по-ниски ценови параметри. В тази връзка твърдението на жалбоподателя, че „липсва третият елемент от понятието нередност“ е неоснователно.

В жалбата си жалбоподателят признава, че оборудването е неправилно описано в техническото предложение на участника, а именно „От тази гледна точка, дори и да се приеме, че този участник е неправилно допуснат, не е налице каквото и да е финансово изражение на нередността, потенциално или реално, тъй като оборудването, което е доставено реално е оборудването, което е изискано от възложителя, а не това което неправилно е описано в техническото предложение“ - стр. 3, която е предпоследна от жалбата в абзац втори, с което се потвърждава и констатацията на УО, че е избран изпълнител, чиято оферта не отговаря на изискванията на възложителя, с което е нарушен чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП.

На следващо място жалбоподателят твърди, „че липсват верни фактически установявания по отношение на основанието на определената финансова корекция“, Твърдението е декларативно заявено, не е мотивирано и е бланкетно. Не е посочено, кои от „фактическите установявания“ са неверни и защо, както и не се сочат годни доказателства, от които да се направят изводи за верността или неверността на фактическите установявания, т.е. липсва всякаква конкретика относно фактическата.

В продължение на горното е и твърдението, че „Актът е постановен в противоречие с чл.41, §2 от Хартата на основните права на Европейския съюз, както и на принципа на истинност, прогласен в чл.7 от АПК“. Твърдението отново не е мотивирано и е бланкетно. Липсват мотиви на какво се основава твърдението за противоречие с Хартата и за кое от двете решения цитирани в

жалбата се отнася противоречието. По отношение на Решението, издадено от Р. на ОП НОИР, няма доказателства за твърдяното противоречие. Съгласно член 41 от Хартата:

Всеки има право засягащите го въпроси да бъдат разглеждани от институциите, органите, службите и агенциите на Съюза безпристрастно, справедливо и в разумен срок.

Това право включва по-специално: а) правото на всяко лице да бъде изслушвано преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него; - В тази връзка, от представената на съда административна преписка е видно, че Решението за определяне на финансовата корекция е издадено след спазване на цялата процедура регламентирана в ЗУСЕСУФ, а именно на жалбоподателя е изпратено писмо, с което е уведомен за откритото от УО нарушение и за стартиране на процедура по определяне на финансова корекция. Също така с писмото му е даден и срок за възражения и допълнителни доказателства. След получаване на възраженията и допълнителните доказателства същите са разгледани и обсъдени, както и за всяко едно възражение са изложени мотиви защо не може да бъде прието от УО.

б) правото на достъп на всяко лице до документите, които се отнасят до него, като се зачитат легитимните интереси, свързани с поверителността и професионалната и служебна тайна; - Във връзка с този текст следва да се има предвид, че в случая няма документи, които да се отнасят до жалбоподателя и само Р. на ОП НОИР да разполага с тях. Проверката, която Р. на ОП НОИР е извършил на обществената поръчка е върху документите, предоставени му от самия жалбоподател, а издаденото във връзка с откритото нарушение Решение за определяне на ФК е изпратено на адресата си, видно и от факта, че същият е подал и жалба срещу него.

в) задължението на администрацията да мотивира своите решения. - Всички мотиви на Р. относно откритото нарушение, както и мотивите по всяко едно от възраженията на жалбоподателя са разгледани и се съдържат в Решението за определяне на финансовата корекция.

Още по-необосновано е твърдението за нарушение на чл. 7 от АПК от страна на УО, в който е прокламиран принципът за истинност и за който жалбоподателя не посочва как точно е нарушен, нито пък сочи факти или документи, с които да обори представените такива в административната преписка.

Относно твърдение на жалбоподателя, че „актът не е съобразен с целите на закона“ съдът счита, че твърдението и в този смисъл е неправилно, необосновано и бланкетно. Цитираното твърдение е общо и не кореспондира с установените по случая факти и обстоятелства. Също така, мотивите, които жалбоподателят сочи в подкрепа на твърдението си, са неотносими за процеса по определяне на финансовата корекция. Посоченият чл.56, ал.1 от ЗУСЕСИФ ясно указва за какво може да се използва финансовата подкрепа, но също така и чл. 70, ал. 1 от същия закон ясно указва кога финансовата подкрепа може да бъде отменена. В случая финансовата подкрепа е отменена частично на основание чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ т.е. „за нередност съставляваща нарушение на правилата за определяне на

изпълнител“. Също така, това че разходите за доставката са били допустими не представлява пречка за определянето на финансовата корекция, когато тези допустими разходи не са разходвани по правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ. По принцип финансова корекция може да бъде определена единствено върху допустими разходи. Когато разходите са недопустими, те няма да бъдат верифицирани, но на друго основание. Това може да бъде установено и от текста на чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ, съгласно който „Чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство“.

Доводът на жалбоподателя, че самият управляващ орган е установил, че доставката отговаря на изискванията на техническата спецификация не е относим към нарушението на ЗОП и към съществото на спора. Основният въпрос, който следва да се изясни в съдебното производство, е следният: Избрал ли е възложителя за изпълнител участник, който е подал оферта, която не отговаря на обявените от възложителя условия и по конкретно параметрите на всички ли предложени от участника артикули отговарят на параметрите на артикулите, посочени от възложителя в техническата му спецификация. Предвид всичко гореизложено, изложените в жалбата твърдения за незаконосъобразност на Решение № 01-4/18.03.2021г., са общи, невярни и неотносими към приложимите правни норми за определяне на финансови корекции към момента на издаване на оспореното решение.

Предвид съдържанието на оспорения акт съдът счита, че по отношение на Решение № P01-4/ 18.03.2021 г. за определяне на финансова корекция не са налице нарушения при издаването му, твърдяни в жалбата.

Видно от предоставената на съда административна преписка, както и съдържането на оспорения акт, същият е постановен от компетентен орган, в установената от закона форма, при спазване на административнопроизводствените правила, без противоречие с материалния закон и в съответствие с целта на закона. Решението е издадено в съответствие с всички изисквания на чл. 59, ал. 1 и 2 от АПК.

Ето защо оспореният в настоящето производство акт е валиден, законосъобразен и обоснован, а жалбата против този акт е неоснователна и като такава следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора, следва да се уважи искането на ответника да се осъди жалбоподателя да му заплати сторените по делото разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100,00 лв.

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 71 - ви състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ИНСТИТУТ ЗА ЕТНОЛОГИЯ И

ФОЛКЛОРИСТИКА С ЕТНОГРАФСКИ МУЗЕЙ ПРИ Б., с БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], [жилищен адрес] представлявано от В. П., ЕГН: [ЕГН] - Директор, чрез адв. Е. С. Р., САК, със съдебен адрес: [населено място], [жк], район Студентски, [улица], против Решение № Р01-4/ 18.03.2021 г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС, съответно 79 888,34 лв. с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка на компютърно оборудване за нуждите на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей при Българска академия на науките“, като на основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 2017 г., изменена с ПМС № 35 от 2020 г. е наложена максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 19 972,09 лв. с ДДС и на основание чл. 72, ал. 3, изречение второ от ЗУСЕСИФ е решено определеният процентен показател по т. I да се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по договор без номер от 15.06.2020 г., сключен със [фирма], ЕИК[ЕИК], на стойност 66 573,62 лв. без ДДС.

ОСЪЖДА ИНСТИТУТ ЗА ЕТНОЛОГИЯ И ФОЛКЛОРИСТИКА С ЕТНОГРАФСКИ МУЗЕЙ ПРИ Б., с БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], [жилищен адрес] представлявано от В. П., ЕГН: [ЕГН] – Директор, да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сумата от 100,00 /сто/ лв., представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено

СЪДИЯ: