

РЕШЕНИЕ

№ 1419

гр. София, 08.03.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,
в публично заседание на 19.01.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Добромир Андреев

при участието на секретаря Галя Илиева, като разгледа дело номер **10545** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК вр. с чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Производството е образувано по жалба на ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА „СВ. А. И Е. М.“ - Б. срещу Решение №0901-32/05.10.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5% върху стойността на предоставената БФП по Договор ЗОП № 27/23.12.2020 г., с изпълнител [фирма], на стойност 157 991,00 лв. без ДДС, съответно 189 589,20 лв. с ДДС за Обособена позиция № 1, сключен в резултат на проведена обществена поръчка - открита процедура с предмет: „Доставка и пускане в експлоатация на машини и оборудване за нуждите на ИР, по договор № BG05M2OP001-1.002-0023 ЦК „Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“ ОП НОИР 2014-2020“ с възложител Институт по роботика „С. А. и Е. М.“ при Българска академия на науките. На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредба максималната стойност на финансовата корекция е 9 479, 46 лв. с включен ДДС.

Жалбоподателят счита, че решението е издадено в противоречие с материалноправните разпоредби и при съществени нарушения на административнопроизводствените правила, поради което следва да бъде отменено. Не са посочени основанията за налагане на финансовата корекция, което възпрепятства упражняването на правото на защита и преценката на съда за законосъобразност на акта. Нередност по смисъла на Регламент 1303/2013г. липсва.

Констатациите на УО са неправилни, необосновани и некореспондиращи с установените по случая факти и обстоятелства, неясни са и вътрешно противоречиви. Липсва извършено нарушение чл.49, ал.2 от ЗОП. Не е обсъдено становището на жалбоподателя и цитираното от него решение на ВАС, което е прието за неотнормимо без съответната аргументация. Твърдяното нарушение по т.11 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности не е извършено, както не са настъпили и описаните от УО вреди за бюджета на общността. Не е спазена и установената форма за издаване на акта, липсват освен мотиви и разпоредителна част, с която да се определят правата и задълженията на адресата.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез юрисконсулт Ц. поддържа жалбата, счита, че не налице нарушение на ЗОП. Претендира присъждане на разноски, включително юрисконсултско възнаграждение. Постъпили са писмени бележки.

Ответникът - Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, чрез пълномощника си по делото оспорва подадената жалба и моли съда да я остави без уважение. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение и представя писмени бележки.

СГП, редовно призована не изпраща представител и не взема отношение по жалбата.

Съдът, като взе предвид констатациите в обжалвания акт, становищата на страните и представените по делото доказателства, приема за установено следното:

С оспореното Решение №0901-32/05.10.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% върху стойността на предоставената БФП по Договор ЗОП № 27/23.12.2020 г., с изпълнител [фирма], на стойност 157 991,00 лв. без ДДС, съответно 189 589,20 лв. с ДДС за Обособена позиция № 1, сключен в резултат на проведена обществена поръчка - открита процедура с предмет: „Доставка и пускане в експлоатация на машини и оборудване за нуждите на ИР, по договор № BG05M2OP001-1.002-0023 ЦК „Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“ ОП НОИР 2014-2020“ с възложител Институт по роботика „С. А. и Е. М.“ при Българска академия на науките. На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената максималната стойност на финансовата корекция е 9 479, 46 лв. с включен ДДС.

По административен договор за БФП № BG05M2OP001-1.002-0006 водеща организация - бенефициент е Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ – Б.. В качеството му на възложител, И. е провел обществена поръчка с предмет: „Доставка и пускане в експлоатация на машини и оборудване за нуждите на ИР, по договор № BG05M2OP001-1.002-0023 ЦК „Интелигентни мехатронни, мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“ ОП НОИР 2014-2020“ с възложител Институт по роботика „С. А. и Е. М.“ при Българска академия на науките.

При провеждане на горесцитираната обществена поръчка - открита процедура с две обособени позиции - Обособена позиция № 1 „Доставка на машини и технологично оборудване - работи и очила за добавена реалност“ и Обособена позиция № 2 „Доставка на машини и технологично оборудване - 3D принтери и скенер“, с индивидуален номер на поръчката 02314-2019-0016 в Р., въз основа на която са сключени – договор за обособена позиция № 1 “Доставка на машини и технологично оборудване - работи и очила за добавена реалност“ - договор ЗОП № 27 от 23.12.2019 г. с [фирма] на стойност 157 991. 00 лв. без ДДС и договор за обособена позиция № 2 „Доставка на машини и технологично оборудване - 3D принтери и скенер“ - договор

ЗОП № 26 от 13.12.2019 г. с [фирма] на стойност 110 000. 00 лв. без ДДС.

При проверка на възложената обществена поръчка и сключените договори е констатирано съмнение за нередност, която е основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 49, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП в приложимата към 05.09.2019 г. редакция на ЗОП - датата на откриване на обществената поръчка (обн., ДВ бр. 13 от 2016 г., приложима редакция ДВ бр. 86 от 18.10.2018 г., в сила от 01.03.2019 г), техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Същите не могат да съдържат конкретен модел, източник ши специфичен процес, който характеризира продуктите ши услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип ши конкретен произход ши производство, което би довело до облагодетелстване ши елиминиране на определени лица ши някои продукти. По изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“.

В Техническата спецификация по обособена позиция № 1 „Доставка на машини и технологично оборудване - работи и очила за добавена реалност“ от документацията в точка 8. Очила за добавена реалност - 2 бр., както и точка 9. Очила за добавена реалност - 1 бр. при описанието на техническите характеристики и параметри възложителят изисква очилата за добавена реалност да имат „Процесор - I.“. В точка 5 „Мобилни работи“, подточка 2. „Мобилен робот - сглобен, калибриран и тестван“ - 2 бр. от Техническата спецификация по ОП № 1, като е налице техническо изискване за процесор с посочване на конкретна марка “В.“ и модел на процесора В. 2837.

Според ОУ посочването на конкретни марки в зададените от възложителя минимални технически характеристики на посоченото оборудване, обект на доставката, не допускат други еквивалентни технически решения, постигащи желания резултат, с което необосновано се възпрепятства участието на лица в обществената поръчка, в нарушение на принципите за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. С поставеното условие възложителят е нарушил разпоредбата на чл. 49, ал. 2, изр. второ, доколкото не са добавени думите „или еквивалентно/и“. Поставеното ограничително условие в Техническата спецификация по Обособена позиция № 1, отнасящо се до изискването за конкретни модели, е довело до разубеждаващ ефект на потенциалните участници, размерът на финансовото отражение от установеното от УО нарушение на императивните изисквания на чл. 49, ал. 2 от ЗОП обективно не може да се определи, тъй като невъзможно да се прогнозира каква би била най- добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако техническата спецификация по обособена позиция № 1 „Доставка на машини и технологично оборудване - работи и очила за добавена реалност“ беше законосъобразно определена. Доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици от него върху средствата от ЕСИФ, размерът на финансовата корекция е определен по пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

Нарушението представлява нередност по т.11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение

на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на 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. Съгласно т. 11 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата нарушението, за което се определя финансова корекция, е „използване на технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“. За описаната нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия договор.

На основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал. 1 от Наредбата, за допуснатото нарушение от УО е определена финансова корекция в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по сключения договор по ОП № 1: договор ЗОП № 27/23.12.2020 г. е предмет: „Доставка и пускане в експлоатация на машини и оборудване за нуждите на ИР, по договор № BG05M2OP001-1.002-0023, ЦК „Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“ по Обособена позиция № 1 „Доставка на машини и технологично оборудване - работи и очила за добавена реалност“, сключен е [фирма] на стойност 157 991,00 лева без ДДС.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ УО е осигурил възможност на бенефициента ИР-Б. за представяне на възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства, като е изпратил писмо до бенефициента чрез ИСУН 2020, с Кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0023-C03-M133/14.08.2020 г.

В законоустановения срок от страна на бенефициента по проект BG05M2OP001-1.002-0023 са представени възражения чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0023-C03M135/27.08.2020 г. Б. е представил своите възражения, като изразява несъгласие и има възражения във връзка с определянето на финансова корекция.

Предвид установеното съдът, след като се запозна с представената административна преписка и становищата на страните, прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в законоустановения срок и е допустима. Разгледана по същество жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА.

При извършената служебна проверка за законосъобразност на оспорения акт на основанията посочени в чл. 146 от АПК, съдът намира, че той е издаден от компетентен орган, спазени са административно-производствените правила на АПК и ЗУСЕСИФ, приложени са правилно и съответните материални норми.

При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия, включително и техническите спецификации на стоката/услугата, която се доставя като предмет на обществената поръчка. Законодателят в чл. 49 от ЗОП е предвидил, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществена поръчка в условията на

конкуренция. 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 лице или някои продукти. Според ал.2, по изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл.48, ал.1 от ЗОП, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“.

Видно от описаното в спецификация по обособена позиция № 1 „Доставка на машини и технологично оборудване - работи и очила за добавена реалност“ от документацията в точка 8. Очила за добавена реалност - 2 бр., както и точка 9. Очила за добавена реалност - 1 бр. при описанието на техническите характеристики и параметри възложителят изисква очилата за добавена реалност да имат „Процесор - I.“. В точка 5 „Мобилни работи“, подточка 2. „Мобилен робот - сглобен, калибриран и тестван“ - 2 бр. от Техническата спецификация по ОП № 1, като е налице техническо изискване за процесор с посочване на конкретна марка “В.“ и модел на процесора В. 2837.

Нарушението на чл. 49, ал. 2, изр. второ от ЗОП е безспорно установено и то представлява нередност по смисъла на т. 11 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нарушението, за което се определя финансова корекция, е „използване на технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“. Посочването на конкретна марка ограничава кръга на потенциалните участници. В този смисъл и в духа на цитираното от жалбоподателя Решение №14174/21.12.2016г. на ВАС по адм. д. 11022/2016г., ограничаването е необосновано, тъй като възложителят е конкретизирал марка, без оглед на техническите характеристики и специфика на продуктите, каквито биха могли да притежават и аналогични продукти на друга търговска марка или производител.

Настоящият съдебен състав не споделя възражението на жалбоподателя, затова че техническите спецификации са осигурили равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка в условията на конкуренция в съответствие с изискването на чл. 49, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП. С предвидените в документацията технически характеристики и параметри следва да се въвеждат минимални изисквания към обекта на обществената поръчка, като в съответствие с разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. Същото обаче не следва да противоречи на разпоредбата на чл. 49, ал. 2 от ЗОП - техническите спецификации не могат да съдържат и „търговски марки, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти“. В съответствие с разпоредбата на чл. 49, ал. 2, изречение второ от ЗОП, а именно: „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“ жалбоподателят е следвало да добави думите „или еквивалентно/и“, а такова добавяне при посочване на позициите в техническата спецификация по обособена позиция № 1 на поръчката не е направено за конкретно описаните в административния акт марки на продуктите. В Техническата спецификация по обособена позиция № 1 на обществената поръчка не са определени характеристики, капацитет или параметри на процесора, а точно определена марка процесор. Не са изложени мотиви по отношение на необходимост

от точно тази марка процесор и не е дадена възможност търсените очила за добавена реалност да съдържат друга марка процесори.

В хода на делото пред съда остана недоказано твърдените на жалбоподателя, затова че в техническите спецификации по т. 8 и 9 не може да се включи „или еквивалент“ защото търсените продукти са уникални и автономни“ и ако няма изискване за процесор „I.“ може да се доставят очила „само за добавена реалност като това би довело до невъзможност да се реализират заложените в проекта дейности. Същевременно се сочи, че процесорът I. е важен за съвместимостта с роботите, но тези обстоятелства не са посочени никъде в документацията или в техническите спецификации, с което да се мотивира избора на конкретната марка процесор. Няма данни по процедурата, които да показват зависимост и нужда от съвместимост между отделните компоненти на оборудването, а е посочена конкретна марка процесор, който от една страна може би осигурява такава, а от друга ограничава избора на очила за добавена реалност само до такива, в които е внедрен посоченият процесор.

Идентични са изискванията в точка 5. „Мобилни работи“, подточка 2. „Мобилен робот - сглобен, калибриран и тестван“ - 2 броя от Техническата спецификация по ОП № 1, като е налице техническо изискване за процесор с посочване на конкретна марка „В.“ и модел на процесора В. 2837. И в този случай са налице обстоятелствата, посочени по-горе за процесор „I.“, като и в този случай жалбоподателят твърди, че роботите са необходими за работа на лаборатория „Колективна роботика“, като трябва да работят самостоятелно, без намеса на оператор и затова е необходимо да използват един и същ приложен софтуер и комуникационни протоколи.

Включването на конкретни модели и производители в техническите спецификации е нарушение на българското законодателство, тъй като може да доведе до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или стоки. Констатираното е в нарушение на изискванията на чл. 49, ал. 2 от ЗОП, при което потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Тъй като поставеното ограничително условие в Техническата спецификация по Обособена позиция № 2, касаещо изискването за конкретни модели и производители е довело до разубеждаващ ефект в потенциалните участници, размерът на финансовото отражение от установеното от УО нарушение на императивните изисквания на чл. 49, ал. 2 от ЗОП обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако техническата спецификация беше законосъобразно определена.

Незаконсъобразно определените технически спецификации по ОП 1 води до ограничаване на участниците до процедурата, защото има и разубеждаващ ефект, който е иманентно присъща отличителна черта, характеризираща всички категории нередности като ограничаващи достъпа на заинтересованите субекти до конкретната процедура. В резултат на самото създаване на предпоставки за ограничаване на достъпа до участие на потенциални кандидати вече е налице ограничаване на кръга на потенциалните участници, от което следва, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Ако жалбоподателят бе

спазил изискването на закона, би могло в поръчката да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства.

В настоящия случай, нарушаването на принципа на конкуренцията е проявено чрез залагането на дискриминационни технически спецификации, което е ограничило достъпа на участниците до конкретната процедура, нарушавайки принципа на свободната конкуренция. Ако бенефициентът бе спазил изискването на закона и бе добавил на думите „или еквиваленто/и“ би могло оферти да подадат и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Ограничението на конкуренцията в случая се осъществява обективно чрез стесняване кръга на потенциалните оференти - за конкретни модели и производители на I. и B.. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, т.е. води до необосновано ограничаване на конкуренцията. Предвид гореизложеното съдът намира, че са нарушени принципите на свободна конкуренция и равен достъп, което води до ограничаване на потенциалните участници или кандидати.

Националното законодателство и законодателството на Европейския съюз, в частност - Регламент № 1303/2013 година не поставят като изискване наличието на реална вреда - т.е. финансова загуба. Видно от дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 и в чл. 2, пар. 7 от Регламент № 1083/2006, нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. Употребеното в разпоредбата „има или би имало за последица нанасянето на вреда“ сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В конкретния случай нередността е свързана с неправилно приложени критерии за подбор в хода на процедурата. В този смисъл, при определяне на конкретното основание и размера на финансовата корекция за нередността, УО правилно е взел предвид обстоятелството, че нередността попада в обхвата на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата и съответства на т. 11, буква (б) „случаите, при които са приложени дискриминационни технически спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“. При определянето на размера на финансова корекция, УО е съобразил Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, доколкото е отчетено липсата на елементите от фактическия състав на т. 11, б. „а“, „в“ и „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. В този смисъл, за допуснатото нарушение правилно, според настоящият състав, е определена финансова корекция в размер на 5 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения по ОП 1 Договор ЗОП № 27/23.12.2020 г., с изпълнител [фирма], на стойност 157 991, 00 лв. без ДДС.

Предвид изложеното, настоящият състав намира Решение № 0901-32/05.10.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР за определяне на финансова корекция заправилно, законосъобразно и издадено съобразно административнопроизводствените правила, поради което жалбата срещу последното следва да бъде оставена без уважение като

неоснователна и недоказана.

Тъй като ответникът е поискал присъждане на юрисконсултско възнаграждение, предвид изхода на делото и неголемия спорен материален интерес, такова следва да му се присъди в размер на 150/сто и петдесет/лева на основание чл.25, ал.1 от Наредбата за заплащане на правната помощ, във вр. с чл.78, ал.8 от ГПК.

Така мотивиран, Административен съд София - град, 17 състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА „СВ. А. И Е. М.“ - Б. срещу Решение №0901-32/05.10.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 9 479, 46 лв. с включен ДДС, представляваща 5% върху стойността на предоставената БФП по Договор ЗОП № 27/23.12.2020 г., с изпълнител [фирма], на стойност 157 991,00 лв. без ДДС, съответно 189 589,20 лв. с ДДС за Обособена позиция № 1, сключен в резултат на проведена обществена поръчка - открита процедура с предмет: „Доставка и пускане в експлоатация на машини и оборудване за нуждите на ИР, по договор № BG05M2OP001-1.002-0023 ЦК „Интелигентни мехатронни, еко- и енергоспестяващи системи и технологии“ ОП НОИР 2014-2020“ с възложител Институт по роботика „С. А. и Е. М.“ при Българска академия на науките.

ОСЪЖДА ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА „СВ. А. И Е. М.“ - Б. да заплати на Изпълнителна агенция „ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА „НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ ЗА ИНТЕЛИГЕНТЕН РАСТЕЖ“ 2014-2020г. юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 /сто и петдесет/ лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: