

РЕШЕНИЕ

№ 346

гр. София, 20.01.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 11 състав,
в публично заседание на 19.12.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Петя Стоилова

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **3018** 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. АПК вр. с чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на СУ „Св. К. О.“ срещу Решение №0401-7/10.03.2022г. на Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020, с което се „доналага финансова корекция за нарушението, установено в решението в размер на 27 765лв., представляващи 25% от размера на предоставената БФП от ЕСИФ по договор за обществена поръчка № 80.09-93/15.6.2020 г. с изпълнител „РСР“ ООД на стойност 185 100 лева с ДДС.

Според жалбоподателя решението е незаконосъобразно - противоречи на материалния закон, издадено е при съществени нарушения на процесуалните правила и не съответства на целта на закона. С решението, според жалбоподателя е определена повторно финансова корекция в размер на 46 275 лева за допуснатата нередност от СУ „Св. Кл. О.“ при възлагането на обществена поръчка по ОП 12 с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на епифлуоресцентен микроскоп със софтуер“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, проект № BG05M20P001-1.002-0019, финансиран по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 - 2020г. Определена е финансова корекция в размер на 25% от размера на предоставената БФП от ЕСИФ по договор за обществена поръчка № 80.09-93/15.6.2020 г. с изпълнител „РСР“ ООД на стойност 185 100 лева с ДДС, след като за същия договор е определена друга финансова корекция в размер на 10% с Решение № 0401-17/25.2.2021г., което е

оспорено и решението по жалбата му - решение № 7618/16.12.2021г. по адм. дело № 2654/2021г. на АССГ, 7 състав, не е влязло в сила.

Р. на ОП НОИР е издал оспореното решение в нарушение на чл.99 от АПК, защото предходното му решение за определяне на 10% финансова корекция по същата ОП 12 не е влязло в сила и е оспорено пред АССГ. Това е съществено нарушение на административнопроизводствените правила и е самостоятелно основание за отмяна.

Според жалбоподателя няма нарушение на чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП, задължаващ възложителя да отстрани участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. Според мотивите на оспореното решение участникът, определен за изпълнител на ОП 12, не е представил по отношение на компютърната конфигурация, включена в техническото му предложение оригинални брошури или спецификации, или техническо досие от производителя, или др. еквивалентни документи, или посочване на точна хипервръзка относно предлаганата компютърна конфигурация. Този пропуск е извън хипотезата на чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП, защото няма отношение към условията за изпълнение на поръчката. Компютърната конфигурация, включена в техническото предложение на участника „РСР“ ООД, отговаря на предварително обявените от възложителя условия за изпълнение на поръчката и това обективно обстоятелство не се променя от представянето или от непредставянето към техническото предложение на „оригинални брошури или спецификации, или техническо досие от производителя, или др. еквивалентни документи, или посочване на точна хипервръзка относно предлаганата компютърна конфигурация“.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. О., който поддържа жалбата. Претендира присъждане на разноски по представен списък в размер на 33780,20лв.

Ответникът – Ръководителят на Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, чрез процесуалния си представител оспорва жалбата. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, извърши проверка на оспорения акт и за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Софийски университет „Св. К. О.“ е един от бенефициентите по административен договор за безвъзмездна финансова помощ по проект В005М20Р001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. В качеството си на възложител е провел обществена поръчка - открита процедура по реда на ЗОП, с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на лабораторно оборудване в съществуващите лаборатории на СУ „Св. К. О.“ за нуждите на Център за компетентност „Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“ (номер в Р. 00640-2019-0042), като в частта по обособена позиция 12 „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на епифлуоресцентен микроскоп със софтуер“ е сключил договор № 80.09-93 / 15.06.2020г., с изпълнител РСР ЕООД, на стойност 154 250лв без ДДС.

При извършената повторна проверка (съгласно препоръка на Одитния орган, обективизирана в Окончателен доклад от извършения одит на операциите на ИА ОПНОИР, обхващащ сертифицираните разходи за периода 01.07.2020г.-30.06.2021г.)

на възложената обществена поръчка, в частта на обособена позиция № 12 е констатирана нередност, която е приета за основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), а именно нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта на ЗУСЕСИФ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Установено е следното: Изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя по обособена позиция № 12 - нарушение на чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, което представлява нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от 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). Техническите спецификации са приложени неправилно в хода на процедурата, в резултат на което за изпълнител е избран участник, който не отговаря на техническите спецификации, за която при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, каквато е настоящата е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, без възможност за намаляване.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, Управляващият орган е изпратил писмо за стартиране на производство по определяне на финансова корекция, като е дал възможност на бенефициента СУ да представи възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства. За допуснатото нарушение УО е предложил да бъде определена финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената БФП (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия договор № 80.09-93 / 15.06.2020г., с изпълнител РСР ЕООД, на стойност 154 250лв без ДДС, съответно 185 100лв. с ДДС.

Не е представяно възражение от бенефициента. Финансовата корекция е извършена по реда на чл. 75, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

С предходно Решение № 0401-17/25.02.2021г. на Ръководителя на УО на ОПНОИР е констатирано друго нарушение (по т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата - критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка), което засяга допустимите разходи по същия договор. Била е определена финансова корекция в размер на 10 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор № 80.09-93/15.06.2020 г. с изпълнител „РСР“ ООД.

Предвид принципа за некумулиране на финансови корекции (чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ и чл. 7 от Наредбата), за допуснатите нарушения (в настоящото решение и в Решение № 0401-17/25.02.2021г.) Управляващият орган определя финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по засегнатия от нарушението договор по обособена позиция № 12 с изпълнител „РСР“ ООД и доналага финансова корекция за нарушението, установено с настоящото решение, до достигане на 25 % от стойността на поисканите за

възстановяване допустими разходи по този договор с изпълнител. На основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, максималната стойност на финансовата корекция по засегнатия от нарушението договор е 46 275лв, от които органът доналага с оспореното решение финансова корекция от 27 765лв.

Решение № 0401-17/25.02.2021г. на ръководителя на УО на ОП НОИР е оспорено пред съд и към датата на приключване на устните заседания не е влязло в сила. За верифицираните с Решение № 0401-18/ 02.03.2021г. по засегнатия договор, сертифицирани с доклад по сертификация М. и ДДР 7/5/10.03.2021 г. и платени средства от ЕСИФ, с диспозитива на решението е постановено, че бенефициентът дължи възстановяване на сума в размер на 27 765лв. (стойност с ДДС) в съответствие с реда и начина на възстановяване на дължими средства, посочен в чл. 43, ал. 1, т. 1 от Наредба № Н-3 от 22.05.2018г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество (изм. и доп. ДВ. бр. 83 от 22 Октомври 2019г.).

В четиринадесетдневен срок, считано от датата, на която оспореното решение е изпратено чрез ИСУН 2020, е дадена възможност на бенефициента доброволно да възстанови сумата 27 765лв. В случай, че средствата не бъдат доброволно възстановени в посочения срок за доброволно изпълнение, на основание чл. 43, ал. 4 и 5 от Наредба № Н-3 от 22.05.2018 г., Управляващият орган е уведомил с оспореното решение бенефициента, че ще извърши прихващане на дължимата сума, ведно с начислената лихва за забава от следващо плащане по проекта.

По отношение на извършеното нарушение при проверката на възложената обществена поръчка е констатирано следното:

Констатираната нередност за неправилно приложени технически спецификации се изразява в определяне на изпълнител по обособена позиция № 12 на разглежданата открита процедура по ЗОП, който не отговаря на изискванията на възложителя, заложили в техническата спецификация. В образца на техническо предложение от документацията по поръчката възложителят е изискал към техническите предложения да се приложи сравнителна таблица с предложенията на участника, от която да е видно съответствието с изискванията на възложителя. Съгласно раздел IV, т. 5.3. от документацията за обществена поръчка към техническото предложение участниците следва да приложат доказателства (надлежни документи) за доказване съответствието на предлаганата от участника апаратура с минималните технически характеристики...
- оригинални брошури или спецификации, или техническо досие от производителя, или писмено потвърждение от производителя за характеристиките на апаратурата или др. еквивалентни документи или чрез посочване на точна хипервръзка към интернет адреса на официалния сайт на производителя на оборудването, от където са видни техническите характеристики на конкретно оферирания апаратура. Към офертата на избрания изпълнител „РСР“ ООД са представени:

-техническо предложение, съдържащо сравнителна таблица, в която са посочени характеристики на предлаганото оборудване,

-копие на каталози и спецификация на английски език, придружени с превод на български език на оборудването с посочена информация за характеристиките и артикулните номера на отделните елементи.

По отношение на компютърната конфигурация, включена в техническото предложение на участника, е направен препис на съответния текст с минимални характеристики, определени от възложителя в техническата спецификация. Към офертата не са представени оригинални брошури или спецификации, или техническо досие от производителя, или др. еквивалентни документи или посочване на точна хипервръзка относно предлаганата компютърна конфигурация.

Според административния орган, офертата на участника, избран за изпълнител, не е отговаряла на изискванията на възложителя и участникът е следвало да бъде отстранен от участие на основание чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, а не да бъде определен за изпълнител.

Установеното е прието за нарушение на чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Прието е, че са нарушени принципите на възлагане на обществени поръчки - равнопоставеност и недопускане на дискриминация, което е довело до сключване на договора с изпълнител, с който не е следвало да бъде сключван договор. Нарушението е квалифицирано 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 - определен е за изпълнител участник, който не отговаря на техническите спецификации.

По искане на жалбоподателя в хода на съдебното производство е прието заключение на вещо лице по назначената Съдебно – техническа експертиза, което съдът кредитира като изчерпателно и професионално изготвено. Вещото лице е дало категоричен отговор, след преглед на наличната документация, проверка на място и извършен оглед, че офертата на „РСР“ ООД по обособена позиция 12 с предмет „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на епифлуоресцентен микроскоп със софтуер“ отговаря на първоначално обявените от възложителя условия за изпълнение на поръчката.

В хода на експертизата е направена сравнителна таблица между изискуемите и наличните характеристики, като се установява пълна идентичност между двете.

Изискуеми характеристики	Налични характеристики
Процесор: I. i7-7700, 3.60GHz	Процесор:I. i7-7700, 3.60GHz
Памет: не по-малко от 16 GB DDR4	Памет: 16 GB DDR4
Твърд диск: минимум 256GB, S. S. + ITB HDD	Твърд диск: 256GB, S. S. + ITB HDD
Видео карта: 2GB G DDR5	Видео карта: 2GB G DDR5
Full I HD монитор с H DMJ интерфейс минимум 27	Full I HD монитор с H DMJ интерфейс минимум 27

По отношение на поставен въпрос от процесуалния представител на ответника, във връзка с характеристиките на видеокартата са приложени скрийншотовете на компютъра в работен режим на действие, от където са видни характеристиките 2GB G DDR5.

Предвид установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от надлежна страна, за която е налице пряк и непосредствен интерес от обжалването и в срок, поради което е допустима.

Разгледана по същество жалбата е ОСНОВАТЕЛНА.

Оспореното решение е издадено от компетентен административен орган, при спазване на административнопроизводствените правила, но е нарушен материалният закон.

Неоснователно жалбоподателят счита, че с процесното решение е наложена повторна финансова корекция за същата нередност. Съгласно чл. 71, ал. 4 ЗУСЕСИФ при констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1. Следователно е забранено кумулиране на финансови корекции, засягащи едни и същи допустими разходи. Няма пречка обаче по един и същи проект, съответно договор за обществена поръчка, да бъдат извършени повече от една проверки от Управляващия орган и ако бъдат установени различни нередности, те да са основания за нова финансова корекция. Само веднъж се налага корекция за едно и също нарушение, представляващо нередност. В конкретния случай, предходният оспорен пред съда и невлязъл в сила акт за финансова корекция - Решение № 0401-17/25.02.2021г. на ръководителя на УО на ОП НОИР е издаден по повод извършена проверка на същата обществена поръчка, но за различно нарушение. С процесното решение е наложена финансова корекция от 27 765лв (представляващи 15% от стойността на договора за ОП с ДДС), като е достигнат допустимия от закона максимален размер – 25%. У. термин „доналага“ не означава и че е увеличен размерът на финансовата корекция по предходното решение на ръководителя на УО на ОП НОИР. Поради това е без значение обстоятелството, изтъкнато от процесуалния представител на жалбоподателя, че първото решение не е влязло в законна сила и делото все още е висящо пред АССГ, след връщане от ВАС за повторното му разглеждане. Новата финансова корекция е за друго нарушение, представляващо нередност, но не може да е в пълен размер 25% - предвиден за втората нередност, тъй като съществува забрана за кумулиране на финансовите корекции по размер по един договор, а вече е била наложена такава от 10%.

По същество, по обособена позиция 12 от ОП с предмет „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на епифлуоресцентен микроскоп със софтуер“ втора финансовата корекция е наложена, поради неприложени към офертата на спечелилия участник „оригинални брошури или спецификации, или техническо досие от производителя, или др. еквивалентни документи или посочване на точна хипервръзка“ по отношение на предлаганата към микроскопа компютърна конфигурация. Към офертата са представени техническо предложение, съдържащо сравнителна таблица, в която са посочени характеристики на предлаганото оборудване, копие на каталози и спецификация на английски език, придружени с превод на български език на оборудването с посочена информация за характеристиките и артикулните номера на отделните елементи. Вещото лице, въпреки липсата на оригинални брошури или спецификации е дало категоричен отговор при преглед на наличната документация, че офертата на „PCP“ ООД отговаря на първоначално обявените от възложителя условия за изпълнение на поръчката и конкретно ги е посочило в таблица. При това положение съдът приема,

че към офертата са били налични неизчерпателно изброените в изискванията на възложителя „др. еквивалентни документи“ по отношение техническите характеристики на предлаганата компютърна конфигурация. Спечелилият кандидат се установи по делото, че отговаря напълно на изискванията на възложителя, заложи в техническата спецификация. Единствено не по документи, а при пускане в работен режим на компютрите нещата лице е установило каква е паметта на видеокартата, но според настоящият състав, констатираното не представлява нарушение на чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, и не представлява нередност, тъй като не отговаря на дефиницията по точка 36 на член 2 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. От дефиницията на нередност е видно, че тя съдържа три кумулативни елемента: 1.) действие или бездействие на икономически оператор във връзка с европейските структурни и инвестиционни фондове; 2.) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и 3.) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Следователно, задължителен елемент на фактическия състав на нередността е вредата. Тогава, когато съответното действие или бездействие на икономическия оператор, осъществено във връзка с европейските фондове, няма или не би могло да има за последица вреда на бюджета на Съюза, както се констатира в настоящия случай няма да е осъществен един от трите кумулативни елемента на фактическия състав на нередността, което значи, че няма нередност. Предвид предмета на поръчката: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на епифлуоресцентен микроскоп със софтуер“, липсата на данни в документацията на спечелилия кандидат колко гига байта е видео картата на компютрите, не е нанесло и не би могло да нанесе никаква вреда на бюджета на Съюза, още повече такава, която да обоснове доналагане на финансова корекция до достигане на 25 % от стойността на поисканите за възстановяване допустими разходи, както е приел административният орган.

Поради горното, не са налице фактически и материалноправни основания за налагане на процесната финансова корекция, решението на Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 следва да се отмени като незаконосъобразно, а на жалбоподателя да се присъдят направените разноски размер на 33780,20лв. за държавна такса, депозит за експертиза и възнаграждение за адвокат.

Така мотивиран, на основание чл.172, ал.2 от АПК Административен съд София - град, 11-ти състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на СУ „Св. К. О.“ Решение №0401-7/10.03.2022г. на Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020, с което се „доналага финансова корекция в размер на 27 765лв., представляващи 25% от размера на предоставената БФП от ЕСИФ по договор за обществена поръчка № 80.09-93/15.6.2020 г. с изпълнител „РСР“ ООД на стойност 185 100 лева с ДДС.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ към Министерство на

образованието и науката да заплати на Софийски университет „Св. К. О.“
направените по делото разноси в размер на 33780,20 лева.
РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния
административен съд на Република България.

СЪДИЯ: