

# РЕШЕНИЕ

№ 7458

гр. София, 21.12.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в публично заседание на 23.11.2020 г. в следния състав:**

**СЪДИЯ: Маруся Йорданова**

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **7794** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Институт по микробиология „С. А.“ с Булстат[ЕИК], [населено място], [улица], [жилищен адрес] чрез адв. К. срещу решение N:09-60/17.07.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г., с което са наложени следните финансови корекции, в общ размер на 78 359,69 лв., както следва:

I. 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ на Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договори:

По ОП1 договор № 106/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 281 930.00 лв. без ДДС, или 338316.00 с включен ДДС, като сумата на корекцията е 33 831,60 лв. (тридесет и три хиляди осемстотин тридесет и един лев и шестдесет стотинки);

По ОП2 договор № 116/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 143 000.00 лв. без ДДС, или 171 600.00 л в. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 17 160,00 лв. (седемнадесет хиляди и сто и шестдесет лева);

По ОП3 договор № 117/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност лв. 114 000.00 без ДДС, или 136 800.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 13 680,00 лв. (тринадесет хиляди и шестстотин и осемдесет лева);

По ОП8 договор № 114/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 19 980.00 лв. без ДДС, или 23 976.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 2 397,60 лв. (две хиляди триста деветдесет и седем лева и шестдесет стотинки);

По ОП 10 договор № 115/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 19 080.00 лв. без ДДС, или 22 896.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 2 289,60 лв. (две хиляди двеста осемдесет и девет лева и шестдесет стотинки);

По ОП11 договор № 109/28.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 2 304.00 лв. без ДДС, или 2 764.80 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 276,48 лв. (двеста седемдесет и шест лева и четиридесет и осем стотинки).

На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредба (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.), максималната стойност на финансовата корекция по посочените договори е 69 635,28 лв. (шестдесет и девет хиляди шестстотин тридесет и пет лева и двадесет и осем стотинки).

П. 5 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 договори

По ОП4 договор № 112/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 58 200.00 лв. без ДДС, или 69 840.00 с включен ДДС, като сумата на корекцията е 3 492,00 лв. (три хиляди четиристотин деветдесет и два лева);

По ОП5 договор № 108/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 22 000.00 лв. без ДДС, или 26 400.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 1 320,00 лв. (хиляда триста и двадесет лева);

По ОП6 договор № 103/26.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 15 431.00 лв. без ДДС, или 18 517.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 925,85 лв. (деветстотин двадесет и пет лева и осемдесет и пет стотинки);

По ОП7 договор № 113/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 6 89.00 лв. без ДДС, или 8 268.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 413,40 лв. (четиристотин и тринадесет лева и четиридесет стотинки);

По ОП9 договор № 107/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 11 580.00 лв. без ДДС, или 13 896,00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 694,80 лв. (шестстотин деветдесет и четири лева и осемдесет стотинки);

По ОП12 договор № 110/28.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 4 645.00 лв. без ДДС, или 5 574.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 278,70 лв. (двеста седемдесет и осем лева и седемдесет стотинки);

По ОП13 договор № 119/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 14 799.00 лв. без ДДС, или 17 758.80 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 887,94 лв. (осемстотин и осемдесет и седем лева и деветдесет и четири стотинки);

По ОП14 договор № 124/05.12.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 2 550.00 лв. без ДДС, или 3060.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 153,00 лв. (сто петдесет и три лева);

По ОП15 договор № 120/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 325.00 лв. без ДДС, или 1 590.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 79,50 лв. (седемдесет и девет лева и петдесет стотинки);

По ОП16 договор № 121/28.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 3 790.00 лв. без ДДС, или 4 548.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 227,40 лв.

По ОП17 договор № 122/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 915.00 лв.

без ДДС, или 1 098.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 54,90 лв. (петдесет и четири лева и деветдесет стотинки);

По ОП18 договор № 125/05.12.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 2 400.00 лв. без ДДС, или 2 880.00 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 144,00 лв. (сто четиридесет и четири лева);

По ОП19 договор № 123/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 882.00 лв. без ДДС, или 1 058.40 лв. с включен ДДС, като сумата на корекцията е 52,92 лв. (петдесет и два лева и деветдесет и две стотинки).

В жалбата са изложени доводи, че процесното решение е неправилно, незаконосъобразно, издадено в нарушение на административнопроизводствените правила. Моли решението да бъде отменено. Претендира разноски.

Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Претендира разноски. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

От фактическа страна.

Между страните е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /ДФП/ по Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж /ОП НОИР/ (л. 453), по който жалбоподателят е бенефициент.

Жалбоподателят е обявил обществена поръчка на стойност по чл. 20 от ЗОП /л. 98/ с предмет: „Доставка, инсталиране, профилактика на научноизследователска апаратура и обучение на специалисти за нуждите на център по микробиология – БАН“. Включва закупуване, доставка, инсталиране, монтаж на научноизследователска апаратура и обучение за работа на специалисти за нуждите на проект BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда- води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, съфинансирана от ЕФРР, финансиран от ОП „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“ процедура BG05M2OP001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове по компетентност“ с партньор ИМикБ- Бан с деветнадесет обособени позиции. Изготвена е документация за участие в ОП, в която са заложили и критериите за подбор и за възлагане.

Проведена е ОП, назначена е комисия, приети са оферти, изготвени са протоколи от дейността на комисията /л. 437 и сл./.

Договорите по 19 ОП са сключени с класираните участници както следва:

По ОП1 договор № 106/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма], по ОП2 договор № 116/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма], по ОП3 договор № 117/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП8 договор № 114/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП 10 договор № 115/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП11 договор № 109/28.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП4 договор № 112/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП5 договор № 108/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП6 договор № 103/26.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП7 договор № 113/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП9 договор № 107/27.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП12 договор № 110/28.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП13 договор № 119/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП14 договор № 124/05.12.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП15 договор № 120/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП16 договор № 121/28.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП17 договор № 122/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП18 договор № 125/05.12.2019 г. с изпълнител [фирма]; по ОП19 договор № 123/29.11.2019 г. с изпълнител [фирма];

С писмо от 06.04.2020 г. ответникът е уведомил жалбоподателя за допуснати нередности, като е дал възможност за възражения в 2-седмичен срок.

Такива са постъпили на 16.04.2020 г. /л. 64/ и съответно са били приети за неоснователни.

На 17.07.2020 г. е издадено атакуваното решение /л. 20/, с което е прието, че залагането на неправомерни критерии за подбор е ограничил кръга на потенциалните участници, поради което не е могло да се гарантира получаването на най-изгодна оферта в нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Прието е, че нарушението съставлява нередност по т.11, б. „а“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, поради което е определена ФК в размер на 10% по ОП 1,2,3,8,10,11 и 5 % по ОП4, 5, 6,7,9,12,13,14,15,16,17,18,19 от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) в общ размер на стойност 78 359,69 лева без ДДС.

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

По приложимото право.

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

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент N: 2988/95 г. е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014-2020 г. е Регламент No 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и

рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) No 1083/2006 на Съвета.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент No 1303/2013 г. „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

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

С постановление No 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС No 57/2017 г./ е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Цитираната Наредба е съществено изменена, считано от 23.08.2019 г., поради което и извършеното от жалбоподателя нарушение, съставляващо нередност, е квалифицирано като такова по т.11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, в редакцията ѝ след изменението. Настоящият състав намира, че приложима към констатираното от ответника нарушение, за което се твърди да съставлява нередност, е именно Наредбата за нередностите, в редакцията след изменението ѝ, в сила от 23.08.2019 г. Това следва от разпоредбата на чл. 142, ал. 1 от АПК, доколкото административният акт следва да съответства на действащите към датата на издаването му материално-правни разпоредби. Още повече, че макар задължението за връщане на облага, недължимо получена чрез нередност, да не съставлява санкция, а последица от установяването, че условията, необходими за получаване на облагата не са били спазени /така т. 50 от цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14/, такава последица не би могла да настъпи, ако към датата на издаване на акта за установяване на нередност и определяне на ФК, нарушението вече не съставлява нередност /поради изменение на нормативната уредба/, респ. действащата нормативна уредба не предвижда ФК за извършеното нарушение. В горния смисъл е и т. 3 от диспозитива на цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14, както и т. 37 от решение на СЕС по дело С-89/14. Ето защо първото от възраженията на жалбоподателя свързано с твърдението, че Управляващия орган не е приложил материалноправната норма, която е била в сила към момента на извършване на нарушението, нито към момента на установяването му, съдът намира за неоснователно.

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

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок.

Основното възражение на жалбоподателя е свързано с наличието или не на нарушение, за което са определени финансови корекции. В този смисъл са изложените в жалбата подробни съображения, че не е било извършено нарушение, респективно, че не е налице използване на дискриминационен критерий за подбор, който води до ограничаване достъп на участниците в процедурата. УО от своя страна твърди, че извършеното нарушение се изразява в конкретното изискване към момента на кандидатстване, участниците да разполагат със собствена сервизна база.

С оглед събраните по делото доказателства, съдът намира, че въведените от възложителя в обявлението и документацията за участие изисквания за “сервизна база” са неоснователно ограничителни и дискриминационни в контекста на чл.2, ал.1, от ЗОП, поради което правилно са преценени от административния орган като нарушение на чл. 59, ал.2 от ЗОП. Ограничителните изисквания на обществената поръчка обективно редуцират кръга на потенциалните участници в процедурата. Ако тези ограничения не бяха поставени, възложителят би достигнал по-висока конкурентна среда, с което би събрал повече на брой и икономически по-изгодни оферти от събраната в настоящия случай, с което обстоятелство се обосновава наличието на причинно-следствената връзка между установеното нарушение и вредата от извършването му. Неспазването на основните принципи при възлагането на обществените поръчки, и в частност въвеждането на ограничителни и дискриминационни критерии е основание за налагане на финансова корекция обхванато от хипотезата на т.11, буква „а“ от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за сключените договори по ОП № 1,2,3,8,10 и 11, тъй като са използвани 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. Същата е наложена в размер на 10 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по всеки от засегнатите договори. По отношение на нарушението по чл. 11, буква „б“ за сключените договори по ОП № 4,5,6,7,9,12,13,14,15,16,17,18 и 19, тъй като случаите, при които са приложени дискриминационни критерии, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“, размерът на финансовата корекция е в размер на 5 на сто от допустимите засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване. В този смисъл съдът съобрази наложилата се след постановеното решение по адм.д. № 8886/2016 г. на ВАС съдебна практика, която изцяло споделя.

Съдът не споделя и твърденията на жалбоподателя, че поставеното изискване от възложителя освен законосъобразно, разширява и кръга на потенциалните

участници. В случая, с така формулираното изискване „Участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, предмета на поръчката“, възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници, без участници, които не разполагат с такава база към момента на кандидатстване, т.е. подаване на оферта. Дори и да се приеме за релевантно към предмета на поръчката, изискването „Участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, предмета на поръчката“, следва да бъде поставено само спрямо изборния за изпълнител участник и то в случай, че това изискване е пряко свързано с изпълнението на поръчката. С оглед спазване принципа за свободна и лоялна конкуренция, възложителят на етапа на кандидатстване е следвало да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява, не ограничава и не натоварва участниците .

Настоящия съдебен състав намира за неоснователни и твърденията в жалбата относно изискването за наличие на оторизирана сервизна база, „Участникът следва да разполага със сервизна база, оторизирана от производителя на предлаганата апаратура“. При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия като критерии за допустимост /условия за участие/. Законодателят е предоставил възможност възложителят да определи съответните критерии за подбор, които смята, че ще му осигурят точно и качествено изпълнение на поръчката при съобразяване със спецификата на нейния предмет и неговите потребности; но при зачитане на основните принципи на ЗОП и при спазване на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, условията или изискванията да не дават предимство на даден участник или необосновано да ограничават участието на потенциални кандидати. Определянето на условията за участие, попада в оперативната самостоятелност на възложителите, доколкото единствено те биха могли да преценят какви възможности следва да притежават тези участници, за да удовлетворят максимално нуждите им. При определянето на изискванията към кандидатите, обаче възложителите са длъжни да се съобразяват със заложените в ЗОП разпоредби, чиято цел е да се гарантира свободната и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускането на дискриминация. Нарушаването на принципа на конкуренцията представлява ограничение на конкуренцията, произтичащо от актове, действия или бездействия на възложителите в процедури за възлагане на обществени поръчки. В настоящия случай това е проявено чрез включването на ограничителни/дискриминационни критерии за подбор. Ограничението на конкуренцията се осъществява от възложителите чрез въвеждането на дискриминационни условия и изисквания към участниците при откриване на процедура, които стесняват кръга на потенциалните оференти и създават необосновани пречки пред кандидатите. Гарантирането на ефективна, лоялна и свободна конкуренция между кандидата, участващи в процедурите за възлагане на обществени поръчки, е уредено като водещ принцип в приложимото право в областта на обществените поръчки.

Наличието на дискриминационни условия за участие, необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки, поради което съставлява нарушение на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Това от своя страна ограничава участието на потенциални икономически оператори в процедурата и води до налагане на финансови корекции от страна на УО при спазване на Наредбата за посочване на нередности.

Не могат да бъдат споделени доводите на жалбоподателя, че „поставеното условие е необходимо за изпълнението на предмета на обществената поръчка и не противоречи на никое от условията в документацията за участие в обществената поръчка... ". Това условие е дискриминационно и ограничително поради факта, че е поставено към всички кандидати към момента на подаване на оферти, а не само към избрания изпълнител преди сключване на договора. Условието изисква специални договорни отношения с определени правни субекти към момента на офертиране и поради това ограничава участието в процедурата на лица, които трябва да вложат допълнително средства и време за уговаряне на база само, за да участват в процедурата, без да са обявени за изпълнители. Заложено по този начин, това условие изисква към момента на кандидатстване, участникът да разполага с оторизирана от производителя на предлаганата апаратура база, което ще доведе до неоправдано разходване на финансов ресурс и встъпването в договорни взаимоотношения, в които не би встъпил ако не бъде избран за изпълнител. В този смисъл е и относимата съдебна практика на ВАС - решение № 15275 от 12.12.2017г.. по адм. дело № 8550/2017г. на ВАС, Седмо отделение, петчленен състав, с което е потвърдено Решение № 6321 от 19.05.2017г. на ВАС, по адм. дело № 8886/2016г., тричленен състав.

Неоснователни са и твърденията на жалбоподателя, че изискването засяга едно бъдещо изпълнение, като се позовава на обстоятелството, че е „...Участникът следва да декларира, че ще изпълни поставеното изискване...". В случая с изискването на етап кандидатстване участниците (не избрания изпълнител, а всички участници) да предоставят в ЕЕДОП информация за сервизната база, която ще бъде използвана, ако участникът бъде избран за изпълнител, обосновава извода, че за да представят на етап кандидатстване достоверна информация за сервизната база, която ще бъде използвана. участниците следва да разполагат с нея още към момента на подаване на офертата, т.е. към този момент трябва да имат собствена или наета база, за да могат отнапред, при кандидатстването си да впишат информацията за нея в ЕЕДОП. В противен случай не биха отговаряли на изискванията за подбор, заложен от възложителя и декларираната в ЕЕДОП информация за сервизната база може да не кореспондира с действително осигурената такава. Изискването е ясно и конкретно - всички участници да декларират база и да посочат информация за тази база в ЕЕДОП.

Предвид спецификата на разглежданото нарушение водещо до липсата на осигурен равен достъп на участниците в процедурата и нарушаване принципа



на свободната конкуренция, което в крайна сметка ограничава достъпа на участниците до конкретната процедура, не е възможно да се определи точен размер на загуба на публичните средства. В тези случаи за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи (чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности). При установяване на финансовото отражение на нарушението се съпоставят разходите в рамките на предоставяната БФП по договора с бенефициента, извършени след възникване на нарушението, и хипотетичния размер на разходите в ситуация, в която не е имало нарушение. Приоритет при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция следва да се даде на пропорционалния подход, предвид характера на разглежданото нарушение, който води до накръняване на основни принципи, регламентирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП. В този смисъл финансовото отражение не е и не може да бъде конкретно определено, но е определяемо по реда на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, съгл. който „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“. Финансовият ефект от разглежданото нарушение се изразява в това, че поради влияние си (ограничават се всички потенциално заинтересовани участници), нарушението способства за подаване на по-малко оферти от кандидати за обществената поръчка и в резултат - до стесняване на кръга от участници в поръчката и до неефективно разходване на европейски средства. Нарушението е ограничило участието/избора на други лица в процедурата и има негативно финансово отражение, което е задължително при определянето на финансови корекции съгласно Наредбата за посочване на нередности. Няма обаче изискване да се докаже наличието на точно финансово отражение. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския съд по дело С-406/14 от 14 юли 2016г. и С-465/10 от 21.12.2011г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент No1083/2006г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионните фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушението да има отражение върху бюджета на съответния фонд, то същото представлява нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали е имало отказали се кандидати от участие поради наличието на така определения критерий, тъй като самото създаване на предпоставки за ограничаване на конкуренцията се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката. Относно определянето на размера на корекциите, следва да се посочи, че Наредбата (след измененията, в сила от 23.08.2019 г.), в Приложение No 1 към чл. 2, ал. 1 от същата, изрично посочва в кои случаи какви процентни показатели се прилагат за различните нередности и какви са условията за определяне на по-нисък размер на корекцията (когато е предвидена такава възможност), като административния орган изцяло е съобразил решението си с относимите

правни норми.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което са наложени финансови корекции на Институт по микробиология „С. А.“, не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора в тежест на жалбоподателя остават направените от него разноски. Ответникът претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение, поради което и жалбоподателят следва да му заплати сумата от 200 лева на основание чл. 144 АПК вр. чл. 78, ал. 8 от ГПК вр. Закона за правната помощ вр. чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

*Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 7-ми състав,*

### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Институт по микробиология „С. А.“ с Булстат[ЕИК], [населено място], [улица], [жилищен адрес] срещу решение N:09-60/17.07.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г.

**ОСЪЖДА** Институт по микробиология „С. А.“ с Булстат[ЕИК] да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сума в размер на 200 /двеста лева/ за юрисконсултско възнаграждение.

**РЕШЕНИЕТО** подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

**СЪДИЯ:**