

РЕШЕНИЕ

№ 5983

гр. София, 20.02.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 78 състав,
в публично заседание на 21.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Пенка Велинова

при участието на секретаря Александра Вълкова, като разгледа дело номер **7808** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ.

Образувано е по жалба от „ГАМА КОНСУЛТ - К., П. И СИЕ“ СД против РЕШЕНИЕ № РД-02-16-1461/24.07.2023г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма ИНОВАЦИИ И КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТ 2014-2020. С решението е наложена финансова корекция в размер на 100% от финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ по обосновка за избор на изпълнител от 10.01.2020г. и избрания за извършване на услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория на „Сибио 93“ ООД по Договор BG16RFOP002-1.005-335-C03 и е разпоредено възстановяване на сумата, както и се сочи, че се регистрира нередност по договора.

В жалбата, в хода по същество и в писмени бележки представителят на жалбоподателя поддържа жалбата, с различни аргументи. Твърдят се допуснати процесуални нарушения. Нарушено било на правото на защита. Не са оспорени фактите в решението, но се твърди, че те не обосновават конфликт на интереси съгласно европейските регламенти и българското законодателство. Изразява становище за неяснота в правните разпоредби. Цитирани били различни правни дефиниции и разпоредби за конфликт на интереси, които не били достатъчно конкретизирани. Оспорват се твърденията, че между дружеството и изпълнителя „Сибио-93“ ООД има конфликти на интереси - липсвала икономическа връзка между двете страни. Процедурата за избор на изпълнител била проведена при обективни критерии, без

нарушение на законовите разпоредби. Не били налице доказателства за нередности, които да нарушават европейското и национално право. Не била нанесена вреда на бюджета на ЕС. Изразява се становище, че процедурата по избор на изпълнител е извършена съгласно закона, с оглед на изискванията за процедура под 30000 лева, че няма нарушение на принципите на публичност и прозрачност и че избраният ред за събиране на оферти е законен и обоснован, осигурена е конкуренция чрез представяне на две оферти, включително от доставчика на най-ниска цена. Иска се отмяна на решението и се претендират разноски.

Представителят на ответника оспорва жалбата. Излагат се аргументи, сходни с тези в решението. Претендира разноски.

СГП не е встъпила в процеса.

Съдът обсъди становищата на страните и доказателствата по делото и намери следното:

Управляващият орган (УО) на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 (ОПИК) е получил сигнал за нередност вх. № 26-Г-42/13.07.2020 г. по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ (АДПБФП) № BG16RFOP002-1.005-0335-C03, с бенефициент „ГАМА КОНСУЛТ-К., П. И С-ИЕ“ СД. Извършил е проверка на представената от бенефициента „Гама Консулт - К., П. и С-ие“ СД в ИСУН 2020, модул „Кореспонденция“, документация за извършен избор на изпълнител в случаи на предвидени стойности под нормативно определените прагове (две оферти) с предмет „Услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория“ по проект BG16RFOP002-1.005-0335- C01“.

Установил е следните факти, описани правилно в обжалваното решение:

В процедурата за извършен избор на изпълнител в случаи на предвидени стойности под нормативно определените прагове (две оферти) с предмет „Услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория“ по проект BG16RFOP002-1.005-0335- C01“ са събрани 2 (две) оферти: Оферта от „Сибьо-93“ ООД от дата 09.01.2020 г и от „Екотехнологии-21“ ДЗЗД от 07.01.2020 г. Съгласно Обосновка за направен избор от 10.01.2020 г. е избрана офертата на „Сибьо- 93“ ООД.

Проверена е документацията, представена за последващ контрол и е извършена служебна проверка в платформа за онлайн достъп <https://web6.ciela.net>. Установено е, че в „Сибьо-93“ ООД съдружници са С. Р. Р. и И. Н. И., като всеки един от тях притежава равен дял от 50 %. И. Н. И. е назначен в екипа на бенефициента на длъжност „Биохимик“ със сключен трудов договор № 177 от дата 08.08.2018 г., т.е. едновременно е съдружник в дружеството изпълнител и служител на бенефициента. Констатирано е също, че в „Екотехнологии 21“ ДЗЗД с дялово участие от 95 % участва партньора по проекта ПУ „П. Х.“.

АДПБФП № BG16RFOP002-1.005-0335-C03 с бенефициент „ГАМА КОНСУЛТ- К., П.

И С-ИЕ“ СД е сключен на 30.05.2018 г. От страна на бенефициента е подписан от Д. П., в качеството му на представляващ „ГАМА КОНСУЛТ-К., П. И С-ИЕ“ СД. Проектът е с наименование „Провеждане на индустриални научни изследвания за разработване на иновативна система за персонализиран подход при профилактика, диагностика и препоръки за лечение на дисбиоза“, а срокът за изпълнението му е 24 месеца, т.е. до 30.05.2020 г. (Съгласно Допълнително споразумение № 1/09.10.2019 г. към АДПБФП BG16RFOP002-1.005-0335-C03 срокът за изпълнение на проекта е удължен от 18 на 24 месеца).

Според информацията в т. 1 „Основни данни“, поле „Цел/и на проекта/информацията“ от Формуляра за кандидатстване, съставляващ Приложение I към АДПБФП, „Общата цел на проекта е да подпомогне иновационен капацитет и повиши конкурентните предимства на Гама Консулт, чрез разработването и реализирането на иновативен продукт и софтуерна платформа предоставяща услуга в областта на ИКТ за здравословен начин на живот.

Основната цел на проекта щяла да бъде постигната чрез следните специфични цели:

- Създаване на иновативен научно-обоснован алгоритъм за проучване и оценка на състава и количеството на микроорганизмите в устната кухина и интестиналния тракт, с възможност за прилагането му и в различни медицински центрове в страната и Европа;
- Разработване на модел за индивидуален подход при лечение на микробиалната дисбиоза;
- Разработване на нови биомаркери за ранна диагностика на микробиалната дисбиоза с помощта на неинвазивни методи за анализ на слюнка, кърма и чревни екскременти;
- Да си повиши капацитетът за разработване на иновации чрез съвместни разработки между предприятието и научни организации;
- Да постигне устойчив напредък чрез разширяване на възможностите за предоставяне на услуги, увеличаване на продуктовото портфолио, увеличаване на пазарният дял и повишаване конкурентоспособността на фирмата на националния и международния пазар“.

В т. 4 „Данни за партньори“ от формуляра за кандидатстване, като партньор по проекта е посочен П. УНИВЕРСИТЕТ „П. Х.“. Съгласно т. 8 „План за изпълнение/Дейности по проекта (информацията)“, изпълнението на проекта включва четири дейности: Дейност 1: Извършване на изследвания, изпитвания, измервания, необходими за разработваната иновация, Дейност 2: Създаване и тестване на прототипи в лабораторна среда, свързани с разработването на иновацията, Дейност 3: Защита на индустриална собственост на национално и международно равнище и ползване на необходимата за това експертна помощ и Дейност 4: Визуализация.

В рамките на дейност 1 „Извършване на изследвания, изпитвания, измервания,

необходими за разработваната иновация (част 1, част 2 и част 3)“ е посочено, че дейността ще се осъществява съвместно от Гама Консулт и ПУ. Като част от дейността щял да бъде нает квалифициран персонал за извършване на изпитвания и измервания, необходими за разработваната иновация. Екипът специалисти от Гама Консулт щял да се състои от 1 Софтуерен архитект, 1 Анализатор на системни и бизнес изисквания, 2 бр. Програмист, софтуерни приложения - софтуерни приложения - визуален интерфейс, 1 - интерфейс лабораторни системи, 1 бр. Програмист, системи за управление на бази данни, 1 Бизнес консултант, информационни технологии - лекар, Специалист, тестване софтуер, 1 Биохимик, 1 Микробиолог. Екипът от ПУ-П. щял се състои от - 1 Микробиолог, 1 Молекулярен биолог, 1 Биохимик, 1 Биолог - микробиолог, 1 Биолог - ензимолог. В рамките на дейността щял да се проведе избор на външни изпълнители за следните услуги:

- Систематизиране на медицински стандарти, документация и организационни практики при работата на медицински специалисти от таргетната група от специалисти от избрани лечебни заведения консултанти по проекта, включително:

- Консултантски услуги от болнично лечебно заведение за изследване на иновативния продукт и услуга - изготвяне на методика за контрол на медицински данни и наблюдавани медицински показатели на пациенти с дисбиоза за идентифициране на полезна * и патогенна флора, гранични и критични стойности на показатели и генериране на предупреждения, съдържание на специализирано медицинско досие и др. от специалисти от таргетната група; описание на практика и правила (алгоритми) за снемане на анамнестични данни и назначаване на изследвания за идентифициране на състояния на дисбиоза, алгоритми за терапия и проследяване в това число на бременни, новородени и деца.

- Консултантски услуги от доболнично лечебно заведение (ДКЦ/МЦ/външна лаборатория) при изследване на иновативния продукт и услуга - Систематизиране на медицински стандарти, документация и организационни практики използвани при ежедневната работата на медицински специалисти от таргетната група от специалисти - педиатър, неонатолог, ОПЛ, гастроентеролог, стоматолог, лаборатория и др.

- Верифициране на анализите за доказване корелацията между дисбаланс на микробиомата в устната кухина и чревния тракт от външна лаборатория за микробиологични и молекулярно-биологични анализи.

Тази поддейност щяла включва избор на външни изпълнители (специализирана лаборатория) за:

- Верифициране на методиката за корелация между състава на микробиома и показателите за развитие на различни заболявания - метаболитен синдром, диабет, хранителни алергии;

- Верифициране на методиката за доказване на повлияването на полезната микрофлора от човешкия микробиом от пребиотици и биоактивни пептиди;

- Верифициране на методиката за определяне типа на глюкозахаразите, секретирани от шамове *Streptococcus mutans*, изолирани от устната кухина на целевата група.

Допълнително е посочено, че „При избора на фирми изпълнители на външните услуги ще се прилагат изискванията на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) - обн. ДВ бр.101/22,12,2015 г. за определяне на изпълнители от страна на бенефициента на договорена безвъзмездна помощ от Структурните фондове на ЕС по реда на чл. 50 от ЗУСЕСИФ и ПМС 160/2016 г. При избор на изпълнител щели да се спазват принципите: 1. публичност и прозрачност; 2. свободна и лоялна конкуренция; 3. равнопоставеност и недопускане на дискриминация“.

Сочи се в решението, че съгласно чл. 50, ал. 2, т. 2 от ЗУСЕФСУ, процедура за избор с публична покана се провежда, когато размерът на предоставената БФП е по-голям от 50 на сто от общата сума за одобрения проект и прогнозната стойност за доставките/услугите, включително съфинансирането от бенефициента без ДДС, е равна на или по-висока от 30000 лв. Съобразно цитираната разпоредба, в глава трета, т. 2 „Видове процедури за определяне- на изпълнител“, подт. 2 от Ръководството за изпълнение на договори за безвъзмездна финансова помощ по ОПИК било заложено, че при размер на безвъзмездната финансова помощ по-голям от 50% и с оглед спазване на принципа за добро финансово управление и определяне реалистичността на разходите при избор на изпълнител, в случаите, когато предвидената стойност за доставки или услуги, в т.ч. съфинансирането от страна на бенефициента/кандидата за БФП, без данък върху добавената стойност е по-ниска от 30000 лв., към първичните платежни документи следвало да се приложат поне две съпоставими оферти, каталози, разпечатки от официални интернет страници на производители/доставчици или комбинация от посочените, съдържащи цена, характеристика/функционалност/описание, които не противоречат на заложените в административен договор за безвъзмездна финансова помощ. Съгласно указанията, бенефициентите/кандидатите за БФП прилагали и обосновка в свободен текст за направения избор на база на събраните оферти, каталози, разпечатки от официални интернет страници (стр. 60 от Ръководството).

В конкретния случай, за изпълнението на услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория по проект № BG16RFOP002-1.005-0335-C03 бил планиран размер на БФП - 80%, а стойността на разхода бил определен на 29 000 лв., поради което бил приложен редът, описан в Ръководството.

В ИСУН 2020, модул „Договори“, подмодул „Промени и изменения“, раздел „Процедури за избор на изпълнител и сключени договори“ по отношение на извършения избор на изпълнител, в случаи на предвидени стойности под нормативно определените прагове (две оферти) с предмет „Услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория“ е установена следната въведена информация: „Провеждане на избор услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория. При избора на изпълнител за услугите за верифициране на анализи от външна лаборатория ще се прилагат изискванията на ЗУСЕФСУ и посочените процедурата от страна на Управляващият орган на и конкурентоспособност“ 2014-2020 г. Тъй като

предвидената стойност на услугите, в т.ч. съфинансирането от страна на бенефициента е по-ниска от 30 000 лв. се предвижда събиране на поне 2 (две) съпоставими оферти, съдържащи цена, характеристика/функционалност/описание, които да се приложат като доказателство при избора към първичните платежни документи, разгледани от ръководството на фирмата и ще бъде направен обоснован избор /обосновка в свободен текст/“.

В изпълнение на заложеното в проекта, за избора на изпълнител в случаи на предвидени стойности под нормативно определените прагове (две оферти) с предмет „Услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория“ (част от дейност 1) в ИСУН 2020, модул „Договори“, подмодул „Промени и изменения“, раздел „Процедури за избор на изпълнител“ са установени представени две оферти - от „Сибио-93“ ООД и от „Екотехнологии-21“ ДЗЗД,

Кандидатът „Екотехнологии-21“ ДЗЗД е подал офертата си на 7.01.2020 г. с предложена цена 32000 лв. без ДДС. Офертата на кандидата „Сибио-93“ ООД е подадена на 9.01.2020 г. с предложена цена 29 000 лв. без ДДС, т.е. в максималния размер, заложен по бюджетен ред 19.1 от бюджета на проекта. От представената обосновка за направен избор от 10.01.2020 г. е установено, че бенефициентът е избрал офертата на „Сибио-93“ ООД на база най-ниска цена. От информацията в Търговския регистър и регистъра на юридическите лица с нестопанска цел е установено, че съдружници с равни дялове от капитала в дружеството, избрано за изпълнител, - „Сибио-93“ ООД, са С. Р. Р. и И. Н. И.. Съгласно обявения Дружествен договор на „Сибио-93“ ООД (чл. 5, т. 1), органи на управлението на дружеството са общото събрание на съдружниците и управителите. Допълнително в чл. 5, т. 2 на устава било посочено, че общото събрание се състои от всички съдружници, а съгласно чл. 5, т. 9, общото събрание избира управителя.

За изпълнението на дейност 1 по проекта е предвидено да бъде нает квалифициран персонал за извършване на изпитвания и измервания, необходими за разработваната иновация. На длъжност „Биохимик“ с трудов договор по чл. 111 от КТ № 177/08.08.2018 г. е установено лицето И. Н. И. (съдружник в „Сибио-93“ ООД). Доколкото И. Н. И., назначен в екипа по проекта на длъжност „Биохимик“, е и съдружник с 50 % от капитала в избора за извършване на услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория изпълнител „Сибио-93“ ООД е направен извод, че бенефициента и изпълнителя имат общи икономически интереси, т. е. – налице е конфликт на интереси.

Изложени са аргументи, че за да се намира участникът в конфликт на интереси, следва твърденият конфликт да е повлиял на протичането на процедурата за избор на изпълнител на съответната дейност. В случая, наетото лице на трудов договор в екипа по проекта И. И. бил съдружник в избрано за изпълнител дружество „Сибио-93“ ООД, т.е. бенефициентът и съдружник на изпълнителя са имали възмездни взаимоотношения. Направен е извод за наличие на общ икономически интерес между лицата, както по време на обявяването на процедурата, така и в периода, в който следвало да бъдат съставени съответните спецификации и изисквания от бенефициента. Управляващият орган не е бил информиран за това, а се приема, че е

следвало съгласно чл. 4.1, изр. второ от Общите условия по договора. Прието е, че се цели прикриване на данните за наличие на обстоятелства водещи до конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламент (ЕС) 2018/1046.

Направен е извод, че трудовите взаимоотношения между И. И. и „Гама Консулт - К., П. и С- ие“ СД са допринесли за интереса на „Сибио-93“ ООД към процедурата, с оглед на финансовите интереси на дружеството. Според договора, задълженията на наетия по проекта експерт „Биохимик“, били да „отговаря за провеждането на всички ензимни и молекулярно-биологични анализи за таксономия на микроорганизмите и техните биологично-активни вещества в етап „Формулиране на технологична концепция за иновативен протокол за доказване на дисбаланс на микробиотата и неговото възстановяване“, етап „Еспериментално доказване на концепция за иновативен протокол за доказване корелацията между дисбаланс на микробиотата в устната кухина и чревния тракт и нейното възстановяване чрез персонализиран подход при прилагане на синбиотици“, в етап „Разработка на прототип на компонентите от протокол за изследване на микробиотата“, етап „Тест на разработения иновативен протокол за контрол на баланса на микробиотата, чрез симулация на процес в лабораторни условия“, етап „Провеждане на тестване на разработения иновативен протокол за контрол на баланса на микробиотата в релевантна среда“. Същевременно процедурата за избор на изпълнител под нормативните прагове с предмет „Услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория“ включвало верифициране на анализите за доказване корелацията между дисбаланс на микробиотата в устната кухина и чревния тракт от външна лаборатория за микробиологични и молекулярно-биологични анализи за:

- Верифициране на методиката за корелация между състава на микробиома и показателите за развитие на различни заболявания - метаболитен синдром, диабет, хранителни алергии;
- Верифициране на методиката за доказване на повлияването на полезната микрофлора от човешкия микробиом от пребиотици и биоактивни пептиди;
- Верифициране на методиката за определяне типа на глюканзахаразите, секретирани от щамове *Streptococcus mutans*, изолирани от устната кухина на таргетната група.

Направен е извод, че И. И., назначен на длъжност „Биохимик“ в екипа по проекта, участвал в разработването на иновативен продукт и услуга за контрол на баланса на микрофлората в устната кухина и гастроинтестиналния тракт при хора и подпомагане лечението на различни заболявания (алергии, астма, диабет, болест на К., чернодробни заболявания, онкологични заболявания), както и за профилактиката на състояния на дизбактериоза и същевременно участвал и във верифицирането на анализите за доказване корелацията между дисбаланс на микробиотата в устната кухина и чревния тракт от външна лаборатория за микробиологични и молекулярно-биологични анализи.

Изложени са следните правни аргументи: Съгласно чл. 4.1, изр. 2 от Общите условия, приложение II към АДПБФП, при изпълнението му бенефициентът няма право да

сключва договори с лица, с които е свързан по смисъла на параграф 1 от Допълнителните разпоредби на Търговския закон и/или са обект на конфликт на интереси. Съгласно чл. 4.2. от Общите условия, „конфликт на интереси е налице, когато за безпристрастното и обективно изпълнение на функциите по договора на което и да е лице, може да възникне съмнение поради причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интереси или други общи интереси, които то има с друго лице, съгласно чл. 57 от Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012...“. Съгласно чл. 57, параграф 2 от Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012 „...За целите на параграф 1 конфликт на интереси съществува, когато безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник или друго лице, посочено в параграф 1, е опорочено по причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интерес или всякакъв друг интерес, който е общ с този на получателя“.

В Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 г. за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС), № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012, прилаган от 02.08.2018г., формулировката на понятието „конфликт на интереси“ била дадена в чл. 61. Съгласно чл. 279, параграф 3 от Евратом) № 966/2012 продължава да се прилага по поети преди влизането в сила на новия регламент. 13.03.2017 г., за него са приложими разпоредбите на Регламент № 966/2012 г., включително дефиницията на понятието „конфликт на интереси“, а именно „За целите на параграф 1 конфликт на интереси съществува, когато безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник или друго лице, посочено в параграф 1, е опорочено по причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интерес или всякакъв друг интерес, който е общ с този на получателя“.

АДПБФП № BG16RFOP002-1.005-0335-C03 с бенефициент „Гама Консулт - К., П. и С-ие“ СД бил сключен на 30.05.2018 г., т.е. преди влизане в сила Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046.

При тези факти е прието, че е налице конфликт на интереси, тъй като безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник е опорочено, въз основа на икономически интерес, тъй като бенефициентът „Гама Консулт - К., прокопов и С-ие“ СД, е избрал „Сибио-93“ ООД за изпълнител, като е било известно, че единият от съдружниците в дружеството-изпълнител е бил в трудови взаимоотношения с дружеството бенефициент. Това обуславяло наличие на конфликт на интереси по смисъла на чл. 57 от Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012/чл. 61 от Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046. Общият интерес на възложителя „Гама Консулт - К., прокопов и С-ие“ СД и изпълнителя „Сибио-93“ ООД, се изразявал в усвояването на средствата по АДПБФП № BG16REOP002-1.005-0335- CO3, като от една страна бенефициентът „Гама Консулт - К., прокопов и С-ие“ СД бил пряк ползвател на помощта и като функция от това

избирал за изпълнител дружеството „Сибио-93“ ООД, което чрез осъществената възмездна търговска сделка, реализирало търговска печалба. Допълнителен аргумент било обстоятелството, че изборът на изпълнител не е проведен чрез процедура с публична покана, в която можел да участва всеки заинтересован, а чрез събиране на оферти, т.е. единствено от решението и преценката на бенефициента зависило към кои лица ще изпрати искане за оферта и коя оферта ще одобри за изпълнение на услугата. Прието е, че изборът на изпълнител е продиктуван от общите икономически интереси между бенефициента (чрез служителя И. Н. И.) и дружеството „Сибио-93“ ООД, в което лицето И. Н. И. е съдружник с дялово участие от 50 %. С това били нарушени принципите, които следвало да бъдат прилагани при изпълнението на АДПБФП и за спазването на които бенефициентът изрично се е задължил при подписване на административния договор (чл. 1.2 от Общите условия към АДПБФП).

Налице били основанията на чл. 70, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от ЕСИФ да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция, доколкото бил налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламент (ЕС) № 2018/1046. на основание чл. 70, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕФСУ, вр. т. 1 от Приложение № 2 на Наредбата за финансовите корекции за нарушението следвало да се наложи 100 на сто финансова корекция, без възможност за намаляване на нормативно определения показател на корекцията.

Като допълнителен аргумент се сочи, че проверката на втората оферта, подадена при проведения избор на изпълнител от кандидат „Екотехнологии 21“ ДЗЗД, установила, че с дялово участие от 95 % в него участва партньорът по проекта ПУ „П. Х.“, което също обуславяло извод, че проведеният избор на изпълнител е привиден. С тези мотиви е определена финансова корекция в размер на 23200 лв. (двадесет и три хиляди и двеста лева), представляващи 100% от финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ по обосновка за избор на изпълнител от 10.01.2020 г. и изборният за извършване на услуги за верифициране на анализи от външна лаборатория изпълнител „Сибио-93“ ООД, постановено е връщане на средствата и е прието, че на основание чл. 14, ал. 3 от НАНЕСИФ решението за финансова корекция се счита и за първа писмена оценка за наличие на нередност по АДПБФП № BG16RFOP002-1.005-0335-C03 с бенефициент „ГАМА КОНСУЛТ-К., П. И С-ИЕ“ СД.

По делото, по искане на жалбоподателя, с цел установяване, че провеждането на процедурата е било обособено от обективни причини, е изготвена Съдебно-икономическа експертиза (СИЕ) със задачи: 1. Провеждане на пазарно проучване за наличието и цените на подобен тип изследвания в България към датата на подаване на офертата от „Сибио-93“ ООД. 2. Провеждане на пазарно проучване за същия вид изследвания в Германия към същата дата.

Вещото лице е събрало данни от лаборатории в страната, но не е установило налични оферти за този тип изследване към съответната дата на възлагане на изследването. „Лаборатории БГ“ ООД, „Г.“ и „Ридаком“ ЕООД са потвърдили, че не предлагат посоченото изследване. Въз основа на общодостъпна информация в интернет, е установило следните налични тестове и цени:

1. А. болница – RT-PCR тест за чревен микробиом: 150.00 лв.;
2. С. „Кандиларов“ ООД – Изследване на чревен микробиом: 328.00 лв.;
3. Лаборатория „Л.“ – Enteroflor Kiddy чревен микробиом: 230.00 лв.;
4. Лаборатория „Р.“ – Чревен микробиом тест със специален кит и персонализиран доклад: 350.00 лв.

Ценовият диапазон на наличните изследвания в България в момента е установен между 150.00лв. и 350.00 лв.

Установени са към момента ценови диапазони за микробиомни тестове в Германия на цени между 185.00 евро и 435.00 евро.

Дадено е заключение, че към датата на подаване на офертата от „Сиббио-93“ ООД, вещото лице не може да определи цена за изследвания от този тип в България, към настоящия момент такива тестове се извършват в ценовия диапазон 150.00 – 350.00 лв., а в Германия подобни тестове са налични към момента на цени 185 – 435 евро.

По делото е приета и съдебно-биологична експертиза, във връзка с постигане на целите на проекта, от която се установява следното: Микробиална дисбиоза е дисбаланс в микробиома на човека, включително устната кухина и стомашно-чревния тракт, който може да доведе до възпаления, имунни реакции и различни заболявания. Причинители могат да бъдат неправилно хранене, стрес, медикаменти и други външни фактори. За диагностика се прилагат се микробиологични и молекулярно-биологични методи като PCR, Real-time PCR, метагеномен анализ, секвениране на 16S рРНК и биоинформатичен анализ. Изследванията се извършват върху биологични проби от слюнка, фекални проби, серуми и урина. Проектът включва разработване на нови биомаркери за диагностика на дисбиоза чрез неинвазивен анализ на слюнка, кърма и чревни екскременти. Включени са и ДНК методи за идентификация на микроорганизми. Заявените са иновации, но изследването се базира на общоприети методите в научната практика. Подадена е заявка за патент за метод за количествена оценка на дисбиоза при кърмачета, но няма информация дали е одобрена. От материалите, предоставени по делото на стр. 15, е видно, че е подадена заявка към Европейския регистър за патенти, в сайта на който е подробно описан целия патент.

Заклучението на експертизата сочи, че са използвани съвременни методи и технологии за изследването, че въвеждането на молекулярно-генетичните методи в диагностиката на заболяванията, които отдавна се използват в страните от ЕС, ни дават възможност за установяване генетичното разнообразие на циркулиращите сред популацията щамове. По-задълбоченото изследване на генетичните вариации на изолираните щамове подпомага развитието на молекулярната епидемиология, молекулярна генетика и води до подобряване контрола на превенция и лечение на заболяванията в устната кухина и стомашно-чревния тракт.

По отношение участието на П. университет в изследването, експертизата сочи, че участникът в проекта - П. университет „П. Х.“, разполага със съответната база, експерти и оборудване за извършване на посочените изследвания и анализи.

Съдът кредитира и приема заключението на експертизите, които са изготвени от компетентни вещи лица и са обосновани. От биологичната експертиза се установява че е постигната целта на проекта, изобретен е иновативен метод за установяване на корелацията между дисбаланс на микробиомата в устната кухина и в чревния тракт и е приета заявка за патент в Българското патентно ведомство.

При така установените факти, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 от АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, Съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК:

В основата на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) стоят бюджетът на ЕС и националният бюджет. Органите в системата на публичните средства от ЕСИФ действат при условията на обвързана компетентност. Те следва да държат сметка, че предоставянето на парични трансфери с източник от ЕСИФ е инвестиционна политика в средносрочен и дългосрочен план, чиято цел е подобряването на конкурентоспособността на българската икономика, регионалното развитие и ускоряване на процеса на сближаване. Разходването на средства от ЕСИФ следва да се осъществява при спазване на принципите на ефективност, публичност и прозрачност.

Решение за определяне на финансова корекция е издадено от компетентен административен орган – Главен директор на ЕФК и РУО на ОПИК при Министерство на иновациите и растежа. Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. 2 от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е Министърът на иновациите и растежа, който със Заповед № РД-02-14-239/28.06.2023г. /лист 21 от делото/ е оправомощил И. И., главен директор на Главна дирекция ЕФК да изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПИК 2014-2020, с всички произтичащи от това права, задължения и отговорности. Предвид на което, съдът счита, че оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Решението отговаря на изискванията на чл. 59 от АПК. Издадено е в законоустановената писмена форма.

Спазени са изискванията на чл.73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията/л. 71-82 от делото/.

Предвид така изложеното съдът приема, че оспореното решение е издадено от компетентен орган и при спазване на законовите изисквания за форма, с оглед на което не са налице основания същото да бъде признато за нищожно.

Съдът намира оспорваният акт за издаден в несъответствие с материалноправните и процесуалните разпоредби и целите на закона, по следните съображения:

Финансовата корекция е наложена за допуснат „конфликт на интереси“: Настоящият съдебен състав счита изводите на административния орган за допуснат конфликт на интереси за незаконосъобразни, респективно, че същите не са в съответствие с доказателствата по делото.

По делото няма спор относно начина на определяне размера на финансовата корекция. Спорът по делото се отнася до правилото приложение на чл. 70, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕФСУ и съответно налице ли е конфликт на интереси при избора на изпълнител по договора.

Административният договор е подписан на 30.05.2018г. т.е. преди влизане в сила на новия Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 г. за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) No 1296/2013, (ЕС) No 1301/2013, (ЕС) No 1303/2013, (ЕС) No 1304/2013, (ЕС) No 1309/2013, (ЕС) No 1316/2013, (ЕС) No 223/2014 и (ЕС) No 283/2014 и на Решение No 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) No 966/2012. В оспореното решение е посочено, че за него са приложими разпоредбите на Регламент No 966/2012г., включително дефиницията на понятието „конфликт на интереси“ по смисъла на чл. 57, § 2 от посочения регламент.

Според чл. 4.1 от Общите условия на договора, бенефициентът няма право да сключва договори с лица, с които е свързан по смисъла на §1 от ДР на Търговския закон или попадащи в конфликт на интереси.

§1 от ДР на ТЗ гласи: „§ 1. (Нов - ДВ, бр. 63 от 1994 г.) (1) "Свързани лица" по смисъла на този закон са:

1. съпрузите, роднините по права линия - без ограничения, по съребрена линия - до четвърта степен включително, и роднините по сватовство - до трета степен включително;

2. работодател и работник;
3. лицата, едното от които участва в управлението на дружеството на другото;
4. съдружниците;
5. дружество и лице, което притежава повече от 5 на сто от дяловете и акциите, издадени с право на глас в дружеството;
6. лицата, чиято дейност се контролира пряко или косвено от трето лице;
7. лицата, които съвместно контролират пряко или косвено трето лице;
8. лицата, едното от които е търговски представител на другото;
9. лицата, едното от които е направило дарение в полза на другото.

(2) "Свързани лица" са и лицата, които участват пряко или косвено в управлението, контрола или капитала на друго лице или лица, поради което между тях могат да се уговарят условия, различни от обичайните“.

Съгласно чл. 4.2 от Общите условия и чл. 57 от Регламент (ЕС, ЕВРАТОМ) № 966/2012, конфликт на интереси е налице, когато за безпристрастното и обективно изпълнение на функциите по договора на което и да е лице, може да възникне съмнение поради причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интереси или други общи интереси.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция, когато по отношение на бенефициента е налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламент (ЕС) 2018/1046. Следователно решаващо за налагането на финансовата корекция на посоченото правно основание е не сама по себе си свързаността по смисъла на § 1 от ДР на ТЗ между бенефициента и изпълнителя, а установяване наличието на конфликт на интереси, при избора на изпълнител по смисъла на цитирания Регламент.

Административният акт, основаващ се на конфликт на интереси е мотивиран с общи интереси между собственик на избрания изпълнител – „Сибио 93“ ООД - И. Н. И., който е и наето лице в дружеството бенефициент, където е назначен на трудов договор. Като допълнителен довод се сочи и това, че проверката на втората оферта, подадена при проведения избор на изпълнител от кандидат „Екотехнологии 21“ ДЗЗД, установила, че с дялово участие от 95 % в него участва партньорът по проекта ПУ „П. Х.“, както и непровеждането на публичен търг, което също обуславяло извод, че проведеният избор на изпълнител е привиден.

При така установените факти, съдът намира за необосноваван изводът, че е налице

конфликт на интереси по смисъла на чл. 57, § 2 Регламент 966/2012 (действащ към момента на сключване на АДБФП, отм. с Регламент 2018/1046), тъй като безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник е опорочено по причини, свързани със общи икономически интереси между бенефициента и дружеството изпълнител.

В случая не са установени, нито описани обстоятелства, водещи до извод за допуснат конфликт на интереси. Действително, бенефициентът, който възлага изпълнението на договора е избрал за изпълнител дружество, което е собственост на негов служител, нает на трудов договор. Този факт, обаче, без да е установено конкретно действие от страна на страните по правоотношението, което облагодетелства неправомерно някоя от тях, опорочава извода за наличие на конфликт на интереси. Същият се явява материално незаконосъобразен, доколкото посочените от органа факти не обосновават приложението на конкретната норма. Също така го прави необоснован, като липса яснота, по силата на какъв факт органът възприема пристрастност, причините поради които е опорочена безпристрастността, относими към конкретната уредба, регламентираща съставомерността на понятието. Няма конкретни данни за общи икономически интереси или други ангажименти на обвързаност между двете дружества. Няма и конкретни данни служителят на трудов договор в бенефициента – И., да е повлиял на избора на дружество-изпълнител, с цел реализиране на печалба.

В тази връзка, съдът взе предвид мотивите в решение от 20 март 2013 г., Nexans, T-415/10, EU:T:2013:141, т. 116 и 117, на Общия съд: „не съществува абсолютно задължение за възлагащите органи системно да изключват оференти при наличие на конфликт на интереси и такова изключване не е обосновано, когато може да се докаже, че конфликтът на интереси не е оказал влияние върху поведението им в процедурата за възлагане на обществената поръчка, както и че не съществува реална опасност от възникване на практики, които могат да нарушат конкуренцията между оферентите ... и обратно, изключването на оферент при наличие на конфликт на интереси е неизбежно, когато не съществува по-подходяща мярка да се избегне всяко нарушение на принципите на равно третиране на оферентите и на прозрачност“. Сходни аргументи са изложени и в решение от 13 октомври 2015 г., Intrafsoft, T-403/12, EU:T:2015:774, т. 76 „Следва да се подчерта, че съюзната разпоредба предполага опорочена безпристрастност и то по конкретна причина. Видно от така постановеното решение за налагане на финансова корекция, органът дори не сочи коя е причината, довела до опорочената безпристрастност. Описаното от органа, само по себе си предполага, по житейски съображения да се допусне, че председателят на конкурсната комисия и управителят на класираното дружество се познават, но с това се изчерпват възможните изводи относно действията им“.

Не са изложени достатъчно конкретни факти, от които да може да се приеме наличие на конфликт на интереси, който е опорочил принципа на безпристрастността. Не е достатъчно това, че служител на бенефициента е съдружник в избрания изпълнител. От това не може да се направи изводът, посочен в решението – че между страните по договора може да се договорят условия, различни от обичайните. Такава хипотетична връзка е възможна и когато между участниците няма очевидна свързаност. В случая не се твърди да са установени такива реални договорки или действия, сочещи наличие

на такива.

Ирелевантни са изложените доводи във връзка с участието на П. университет, тъй като те касаят втория участник в процедурата, който не е избран за изпълнител по договора. Освен това със заключението на експертизата се установи, че в този университет е налице изследователска лаборатория, която може да се използва при изпълнение на проекта, т.е. налице са обективни причини за неговото участие, свързани със спецификата на проекта.

Ирелевантни са и доводите, че в случая изборът не се е провел с публична покана. Предвид стойността на договора – под 30000лв. не е било необходимо да се провежда такава- чл. 50, ал. 2, т. 2 от ЗУСЕФСУ.

Липсата на достатъчно конкретна обосновка за наличието на факти, които да обосноват реалното наличие на конфликт на интереси, води до извод че не е налице сочената нередност по смисъла на Параграф единствен, т. 1 от ДР на Наредбата за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския съюз, и чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013. Съответно не са налице основанията на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, вр. т. 1 от Приложение 2 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата, за нарушението за налагане на финансова корекция в размер на 100 на 100 от стойността на отчетените и допустими разходи по сключения между лицата договор.

Обжалваното решение е незаконосъобразно, като постановено при съществени процесуални нарушения и в нарушение на материалния закон и следва да се отмени.

С оглед изхода от спора и на основание чл.143, ал.4 АПК, структурата в която се намира ответника следва да се осъди да заплати разноските на жалбоподателя, - 3865,06лв., от които 185,06лв. – държавна такса, разноски за експертизи -1000лв. и адвокатско възнаграждение – 2500лв.

По изложените съображения, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III-то отделение, 78-ми състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на „ГАМА КОНСУЛТ - К., П. И СИЕ“ СД, ЕИК[ЕИК], РЕШЕНИЕ № РД-02-16-1461/24.07.2023г. на Ръководителя на УО на Оперативна програма ИНОВАЦИИ И КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТ 2014-2020.

ОСЪЖДА Министерство на иновациите и растежа да заплати на „ГАМА КОНСУЛТ - К., П. И СИЕ“ СД, ЕИК[ЕИК], разноски 3865,06лв.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховен административен съд на Република България в четиринадесет дневен срок от съобщаването на страните за постановяването му.

Съдия: