

РЕШЕНИЕ

№ 932

гр. София, 14.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА




АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 80 състав,
в публично заседание на 19.01.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Виржиния Петрова

при участието на секретаря Цветелина Заркова, като разгледа дело номер **9337** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /Загл.изм.-ДВ, бр.51 от 2022 год., в сила от

01.07.2022г./.



<apis://desktop/trans=2719535>

Производството е повторно след отменително решение № 8636/06.10.2022г. на ВАС VII отд. по адм. дело № 5534/2022г.

Образувано е по жалба на Национален център по заразни и паразитни болести, Булстат: 00662721, бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“, за изпълнение на проект BG05M20P001.-002-0001-C04 „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“, представяван от проф. д-р И. Х. Д., ръководител на проекта и Директор на НЦЗПБ, с постоянен адрес: [населено място], [улица], срещу Решение № 16-45/02.12.21 г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на управляващия орган на „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“, с което е определена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 на сто върху

стойността на поисканите за възстановяване допустими разходи по договор: №283/12.11.2020г. с изпълнител „Антисел България“ ООД.

Като основание за незаконосъобразност на оспореното решение в жалбата се сочи неспазване на установената форма поради липса на мотиви, съществени нарушения на административно производствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Жалбоподателят поддържа, че не е налице нередност и няма основание за налагане на финансовата корекция. Излага становище, че същото е постановено в нарушение на материалния закон. Твърди, че не е налице правно или фактическо основание за налагане на съответната финансова корекция. Иска се отмяна на решението в неговата цялост. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк.Г., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски.

Ответникът – изпълнителният директор на ИА НОИР и ръководител на УО по ОП НОИР, чрез процесуален представител юрк.К., оспорва жалбата, като счита същата за неоснователна. Моли жалбата да бъде отхвърлена и претендира юрисконсултско възнаграждение. Депозира писмени бележки.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира от фактическа страна следното:

По административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020г.-BG05M2OP001-1.002-0001 за проект „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“, от НЦЗПБ - в изпълнение на заложените по проекта дейности, в качеството му на възложител, е открил процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на Закона за обществените поръчки (ЗОП) с предмет: „Доставка на лабораторни консумативи“, по 75 обособени позиции. В резултат на което бил сключен договор №283/12.11.2020г. с изпълнител „Антисел България“ ООД за доставка на лабораторни консумативи по обособена позиция №9 на стойност 11 520.00лв. без ДДС и 13824.00лв. с ДДС. Жалбоподателят в качеството си на възложител е изготвил подробни технически спецификации за лабораторните консумативи, необходими за изпълнението на програмите за научни изследвания, които са част от публично оповестените документи по откритата процедура по ЗОП. При описанието на условията и параметрите на вида оборудване в техническите спецификации към обособената позиция № 9 е поставено условие „по-голямо“ с математическия знак „>“ и числово измерение. Оценителната комисия е била назначена със Заповед №151/10.06.2020г. на Директора на НЦЗПБ. Комисията е констатирала, че техническите предложения на участника „Антисел България“ ООД за обособена позиция №9 „отговарят на изискванията на техническата спецификация за обособената позиция“, което е обективирала в Протокол №2 от 14.08.2020г. В следствие след приключване на процедурата по ЗОП е бил сключен договор №283 от 12.11.2020г. за обособена позиция № 9 на стойност 11 520.00лв. без ДДС, с изпълнител „Антисел България“ ООД.

По повод представено искане за плащане с подаден пакет отчетни документи №8 от

30.08.2021г. в ИСУН 2020 е извършена проверка на възложената обществена поръчка и сключения договор. С уведомително писмо изх. № 16-45/28.10.2021г. изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“/ИА „ОП НОИР“/ - ръководител на Управителния орган/УО/ на ОП НОИР, е уведомил ръководителят на проекта, че след проверка на представения пакет отчетни документи е констатирано съмнение за нередност при проведената процедура. В законоустановения срок жалбоподателят е представил възражение с изх. № 1000-371 от 11.11.2021г. в ИСУН 2020, в което е изложил аргументи срещу формулираните от УО констатации, като е възразено срещу твърденията на УО за допуснато нарушение при възлагане на цитираната обществена поръчка което би имало финансово влияние върху средствата от ЕСИФ и което представлява основание за налагане на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Изложените във възражението аргументи и доводи не са били възприети от УО и на 02.12.2021 год., е издадено Решение №16-45 от изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“/ИА „ОП НОИР“/-ръководител на Управителния орган/УО/ на ОП НОИР, за налагане на финансова корекция по засегнатия договор /л.165-167/. УО е приел в решението си, че нарушението 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 (Наредбата), за която при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. В мотивите си УО е приел, че участникът, класиран на първо място, е единствен, като при спазване на чл. 107, т. 1 от ЗОП би трябвало той да бъде отстранен поради представяне на оферта, неотговаряща на условията на поръчката и в противоречие със задължителната норма на чл. 107 т. 1 от ЗОП и възложителят е допуснал, класирал и определил за изпълнител участник, който не отговаря на условията на обществената поръчка. Размерът на финансовата корекция е определен по пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

От правна страна съдът намира следното:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който подлежи на обжалване пред съд. С оспорения административен акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 02.12.2021г., жалбата е депозирана чрез Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ в преключивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 16.12.2021г. / и същата е ДОПУСТИМА за разглеждане.

Разгледана по същество, жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА, по следните съображения:

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на

управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник /УП/ на Изпълнителната агенция "Програма за образование" /Загл. изм. – ДВ, бр. 67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г./ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. (ОП "НОИР") и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съобразно чл. 6, т. 1 на УП изпълнителният директор е ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР" и на Програма "Образование". С оглед това, процесното решение е издадено от компетентен орган.

Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила при постановяването му – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. В писмото си за започване на производството за определяне на финансова корекция Р. е описал и мотивирал установеното нарушение, основанията за предлагане на ФК, както фактически, така и правни: изложил е фактите, относими към установено нарушение, включително е определил правната квалификация на нарушението според правилата на действащия ЗОП към датата на извършване на нарушението. Административният орган е изследвал също така дали нарушенията на ЗОП представляват нередност съгласно дефиницията за нередност по чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013 г., които са идентични с определението за нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, като е анализирал всеки от елементите от фактическия състав на нередността спрямо фактите, обосновал е, че конкретното нарушение на ЗОП има характер на нередност, като е посочил и правната квалификация на нередността.

Бенефициентът е упражнил правото си на възражение, което е обсъдено детайлно и подробно от административния орган, включително и приложените към него доказателства, като са изложени конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни. В тази връзка съдът намира за неоснователни оплакванията в жалбата за допуснати процесуални нарушения от страна на Р..

Административният орган е посочил като правно основание за налагане на ФК - чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на

нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

Съгласно чл. 143, § 1 от Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Разпоредбата на чл. 122, § 2 от същия регламент сочи, че държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Спорът по делото, с оглед наведените от жалбоподателя оплаквания, се свежда до наличието на втория и третия елемент на определението за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна.

В настоящия случай, административният орган е мотивирал решението си за налагане на ФК с установено нарушение на приложимия ЗОП, което осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ, а именно нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, според която освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява: 1. кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

Видно от техническото предложение (представено по образеца на възложителя), избраният за изпълнител дословно е оферирал изискуемите от възложителя минимални технически характеристики на продукта по обособената позиция, като е посочил, че предлага продукт на производителя Termo Fische Scientific с каталожен номер K182001. При анализ на представените извлечения от каталози/брошури на производителя, неразделна част от техническото предложение на участника - извадка от каталог на PureLink™ Геномен Д. Мини кит, каталожен номер: K182001 на български език (стр. 3 от техническото предложение) и каталог на същия продукт PureLink™ Genomic DNA Mini

Kit на английски език (стр. 7, Introduction и стр. 8, Mini Kit Specifications от техническото предложение), се установило, че действителната характеристика на оферирания набор за изолиране на високомолекулна геномна Д. е с размер на изолираната Д. от 20-50 кб.

Предвид това оферираното не отговаряло на изискваното от възложителя, изолираната Д. да е по-голяма (>) от 50 кб.

От гореизложеното несъответствие в документите, формиращи техническото предложение, досежно посочения параметър на продука - предмет на доставката, било видно, че предложеното от участника изпълнение не може да се приеме за отговарящо на минималните технически характеристики, заложи в Техническата спецификация - Приложение № 1 към документацията, следователно и на предварително обявените условия на поръчката (по аргумент от чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП). Въпреки това участникът не бил отстранен, ценовото му предложение е разгледано и същият е избран за изпълнител на поръчката. Именно офертата е следвало да отговоря на всички изисквания на възложителя, а участниците, представили оферти, които не отговарят на изискванията, подлежат на отстраняване.

Твърдението на бенефициента, че на част от членовете на комисията е било известно наличието в НЦЗПБ на декларация от производителя за възможността наборът PureLink Genomic DNA да изолира Д. с размер над 50 кб е неотнормимо към преценката на законосъобразността на действията на комисията при преценката на съответствието на техническите предложения на участниците с поставените изисквания на възложителя. Фактът, че посочената „вторична“ декларация от производителя за набора PureLink Genomic DNA, която е основната защитна теза на жалбоподателя, не е ноторно известен факт, за да се приеме, че е валидно доказателство за съответствие на техническото предложение, а също не е представена и като част от документите, приобщени в досието на проведената процедура за възлагане на обществената поръчка, представено за последващ контрол от УО, а едва с възраженията.

Видно от съдържанието на въпросната декларация, установеното при направени вътрешни изпитвания на набора PureLink Genomic DNA е, че изолираната Д. може да достигне размер над 50 кб., когато изходния материал за екстракция е свеж и правилно обработен, т.е. при определени условия, но не винаги и не във всеки случай. Поставеното от възложителя изискване в техническата спецификация по разглежданата обществена поръчка, в частта и за обособена позиция № 9, е размерът на изолираната

геномна Д. да е > 50 кб следва да се тълкува като безусловно и минимално, предвид факта, че това е знак, който се използва в математически смисъл за сравнение на две величини, с помощта, на който се обозначава коя от двете сравнявани величини е по-голяма от другата, без да се допуска възможност за равенство помежду им, от една страна, а от друга тази стойност трябва да се постига при нормално функциониране на апаратурата, а не само при определени условия. Фактът, че производителят е установил възможността при определени условия да се постига и Д. с размер над 50 кб в никакъв случай не доказва, че предложения набор PureLink Genomic DNA отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката, които предполагат изолираната геномна Д. да е > 50 кб при нормална работа на апаратурата, а не при прилагане на хипотетични и специфични условия, които не са част от нормалната производствена характеристика.

Въз основа на тези обстоятелства Р. е счел, че доказването на това изискване е следвало да бъде направено от самия участник с представянето на брошури, каталози, извадки от интернет страница на производителя, ръководства, инструкции за употреба на фирмите производители и др. с каталожни номера и/или други документи от производител в процеса на провеждане на обществената поръчка.

Констатираното нарушение е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

В този смисъл съдът намира, че към момента на провеждане на процедурата за избор на изпълнител от страна на „Антисел България“ ООД не са осигурени адекватни доказателства, обективиращи покриването на минималните изисквания на възложителя посочени по-горе.

При това положение законосъобразен е изводът на Р., че офертата на „Антисел България“ ООД не е отговаряла на заложените параметри от възложителя, поради което същият е следвало да бъде отстранен съгласно чл. 107, т. 2. б. „а“ от ЗОП, поради несъответствие с поставеното минимално изискване. Така възложителят е създал предпоставки да бъде избран за изпълнител участник, който не отговаря на условията по процедурата. Предвид изложеното, съдът намира за установено и доказано нарушението на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП.

Също така цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав на 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 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 06.03.2020 г.).

Оспореният административният акт е издаден и при съобразяване с целта на закона. Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗУСЕСИФ средствата от ЕСИФ се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициера и при осигуряването на публичност и прозрачност. Допуснатите нарушения на ЗОП водят до незаконосъобразно разходване на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, което е в противоречие с целта на закона. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Съюза размера на средствата от съответните фондове, който е неправомерно разходван.

Съобразно изложеното, съдът намира, че Р. правилно е установил релевантните за казуса факти, въз основа на тях е направил обосновани фактически изводи, правилно е тълкувал и приложил материалния закон и съобразил неговата цел, поради което решението му за определяне на финансова корекция е законосъобразно, а жалбата срещу него - неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева, на основание чл. 143, ал. 3 АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд - София-град, Трето отделение, 80-ти състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Национален център по заразни и паразитни болести, Булстат: 00662721, бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“, за изпълнение на проект BG05M20P001.-002-0001-C04 „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“, представяван от проф. д-р И. Х. Д., ръководител на проекта и Директор

на НЦЗПБ, с постоянен адрес: [населено място], [улица], срещу Решение № 16-45/02.12.21 г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на управляващия орган на „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“

ОСЪЖДА Национален център по заразни и паразитни болести, Булстат: 00662721, представляван от проф. д-р И. Х. Д., ръководител на проекта и Директор на НЦЗПБ, да заплати по сметката на Министерство на образованието и науката в размер на 100.00 лв./сто лева/,представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд чрез Административен съд – София - град в 14-дневен срок от съобщението до страните.

СЪДИЯ: