

РЕШЕНИЕ

№ 4848

гр. София, 14.07.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 21.04.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Емилия Митова, като разгледа дело номер **8456** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на Институт по обща и неорганична химия - Б., със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от директора Р. С., срещу Решение № 16-31 от 02.08.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“ (ОП НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % 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 договор № 47/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 13 060 лв. без ДДС, съответно 15 672 лв. с ДДС и договор № 46/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 6 200 лв. без ДДС, съответно 7440 лв. с ДДС.

В жалбата се излагат доводи, че УО е достигнал до неправилен извод за нарушение на проведената процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на чл. 79, ал.1 , т. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Счита, че съобразно чл. 18, ал. 1, т 8-10 и 13 от ЗОП възложителят може да изпрати покана до едно или повече лица, поради което изпращането на покана само до едно лице не е нарушение. Отделно от това в закона няма задължение възложителят да обосновава нуждата от отправяне на покана само до едно лице.

В съдебно заседание, чрез пълномощник П. поддържа жалбата. Моли решението на

УО да бъде отменено. Претендира присъждането на разноски.

Ответникът – Ръководителят на Управляващия орган по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“, чрез служител с юридическо образование Г., оспорва жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на разноски.

Административен съд София град, III-то отделение, 62 –ри състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

По делото не се спори, че И. по обща и неорганична химия - Б. е бенефициент по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0008 – C03 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“.

В качеството си на възложител е открита обществена поръчка с предмет: „Доставка на лицензи за специализиран софтуер за нуждите на Институт по обща и неорганична химия – Б. за изпълнение на проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“ по обособени позиции“, открита с Решение № 27/16.01.2020 г. на директора на института, както следва:

Обособена позиция (ОП) № 1- Доставка на лиценз за специализиран софтуер Gaussian 16 и лиценз за графично приложение Gauss V. 6;

Обособена позиция № 2 – Доставка на лиценз за специализиран софтуер TURBOMOLE;

Обособена позиция № 3 – доставка и лиценз за специализиран софтуер VASP.

Процедурата е прекратена с Решение № 90/24.02.2020 г. на директора на Института по обща и неорганична химия – Б., поради липса на подадени оферти.

След това е проведена процедура по чл.79, ал. 1, т. 1 от ЗОП и са сключени договор № 47/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 13 060 лв. без ДДС, съответно 15 672 лв. с ДДС по ОП1 и договор № 46/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 6 200 лв. без ДДС, съответно 7440 лв. с ДДС по ОП2.

При извършена проверка на документи във връзка с проведена процедура по чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП с уникален номер в Р.: 01146-2020-0006, с предмет: „Доставка на лицензи за специализиран софтуер за нуждите на Институт по обща и неорганична химия - Б. за изпълнение на проект „Национален център по мехатроника и чисти технологии“ по обособени позиции:

Обособена позиция № 1 (ОП1) - Доставка на лиценз за специализиран софтуер Gaussian 16 и лиценз за графично приложение GaussView 6;

Обособена позиция № 2 (ОП2) - Доставка на лиценз за специализиран софтуер TURBOMOLE;

Обособена позиция № 3 (О.) - Доставка на лиценз за специализиран софтуер VASP, и сключени Договор № 47/31.07.2020 г. с [улица] 060 лв. без ДДС по ОП 1 и № 46/31.07.2020 г. с [улица] лв. без ДДС по ОП2, е констатирано следното нарушение:

Условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка по смисъла на т. 11, буква а) 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 16.03.2020 г.

Възложителят е провел процедура по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП, като е спазил необходимите условия, а именно - проведена открита процедура, при която не са постъпили оферти, поради което е налице правно основание за провеждане на процедура с покана за участие.

УО е изложил доводи, че съобразно чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление, когато при открита или ограничена процедура не са подадени оферти или заявления за участие или всички подадени оферти или заявления за участие са неподходящи и първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени.

Процедурата - "договаряне без предварително обявление", е визираната в чл. 18, ал. 1, т. 8 ЗОП. Нормата на чл. 18, ал. 7 от ЗОП изрично сочи, че при процедурите на договаряне по ал. 1, т. 8 - 10 и 13, възложителят провежда преговори за определяне на клаузите на договора с едно или повече точно определени лица. От съдържанието на нормата е видно, че не е въведена изрична забрана за отправяне на покана само до един участник в рамките на тази процедура, а е предвидена възможност възложителят, в границите на своята оперативна самостоятелност, да провежда преговори с едно или повече точно определени лица. Преценката за спазване на тези предели при преговарянето обаче, следва да се прави при съпоставка със законовите ограничения и предмета на поръчката.

В конкретния случай предметът на поръчката не е такъв, че да може да се изпълни само от един определен икономически оператор, поради което УО е установил нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, УО е дал възможност на бенефициента да изложи своите възражения с писмо рег. № BG05M2OP001-1.001-0008-C03-M441/17.03.2021 г. в ИСУН2020.

На 30.03.2021г. с писмо рег. № № BG05M2OP001-1.001-0008-C03-M452/30.03.2021 г. И. по обща и неорганична химия – Б. е подал своите възражения.

На 02.08.2021 г. е издадено Решение № 16-31 от 02.08.2021 г. на УО по ОП НОИР, с което на бенефициента е наложена финансова корекция в размер на 10 % 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 договор № 47/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 13 060 лв. без ДДС, съответно 15 672 лв. с ДДС и договор № 46/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 6 200 лв. без ДДС, съответно 7440 лв. с ДДС.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който на основание чл. 27 ал.1 във връзка с чл. 38 т. 3 от ЗУСЕСИФ подлежи на обжалване пред съд. С оспорения акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 06.08.2021 г., което е видно от известие за доставка. Жалбата е депозирана на 17.08.2021 г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

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 № РД-12-100/20.04.2021 г. (л. 24 по делото), от която е видно, че И. П. заема длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП НОИР.

Решението е издадено от административен орган с териториална и материална компетентност. Спазена е предвидената от закона писмена форма и в него се съдържат изискуемите реквизити по чл. 59, ал. 2 АПК. Процесният индивидуален административен акт е издаден след изясняване на фактите и обстоятелствата от значение за случая. При издаването му не е допуснато нарушение на административнопроизводствените правила. Законодателят е регламентирал специална процедура по определяне на финансова корекция, която ответникът е спазил. Органът е уведомил бенефициента за започналото производство по налагане на финансова корекция, осигурил му е възможност в срок да представи писмени възражения.

По отношение на приложението на материалния закон:

Финансовата корекция е наложена на правно основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 2, ал. 1 от ЗОП, в които норми са разписани основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ. В 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, приета с Приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. и приложима по отношение на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020", се посочват конкретните случаи на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. "Нередност" съгласно определението, дадено в чл. 1 параграф 2 от Регламент на Съвета (ЕО, Евратом) № 2988/95 от 18.12.1995 г. за закрилата на финансовите интереси на Европейските общности, 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. Съгласно чл. 143, ал. 1 от Регламент № 1303/2013 и чл. 98 Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, ал. 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Съобразно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 за да е налице нередност, следва да са налице следните кумулативни предпоставки- действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право,

свързано с неговото прилагането, и наличие или възможност за наличие на вреда като последица на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице, понеже жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове чрез административен договор по оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020", сключен на основание чл. 45, ал. 1 и ал. 2 от ЗУСЕСИФ и е получил безвъзмездно финансиране. Като страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, оспорващият е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране. Спорът по делото е дали са налице втория и третия елемент на определението, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна по основание и размер.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена чрез наложена корекция само на някои от лимитативно посочените правни основания. Финансовата корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ се налага за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП въвеждат императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз - равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция.

Правният спор се свежда до това дали проведената процедура по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП с един поканен участник противоречи на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

Конкуренцията представлява онези обществени отношения на свободното и добросъвестно съревнование между автономни стопански субекти търсещи или предлагащи определени стоки и услуги, при което те взаимно ограничават възможностите си едностранно да влияят върху условията на съответния пазар и се стимулират към организацията на стопанската си дейност водеща до оптимално повишаване на производителността, качеството и печалбата и са ориентирани към интересите на потребителите.

Съгласно чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление, когато при открита или ограничена процедура не са подадени оферти или заявления за участие или всички подадени оферти или заявления за участие са неподходящи и първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени.

В случая е установено несъмнено наличието на визираните в цитираната разпоредба предпоставки за стартиране на процедура по облекчения ред, тъй като не са подадени оферти.

Процесната процедура - "договаряне без предварително обявление", е визираната в чл. 18, ал. 1, т. 8 ЗОП. Нормата на чл. 18, ал. 7 ЗОП изрично сочи, че при процедурите на договаряне по ал. 1, т. 8 - 10 и 13, възложителят провежда преговори за определяне на клаузите на договора с едно или повече точно определени лица. От съдържанието на нормата е видно, че не е въведена изрична забрана за отправяне на покана само до

един участник в рамките на тази процедура, а е предвидена възможност възложителят, в границите на своята оперативна самостоятелност, да провежда преговори с едно или повече точно определени лица. Следователно, в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП законодателят е приел за допустимо ограничаването на принципите, при които би следвало да се проведе обществената поръчка, защото факти и обстоятелства стоящи извън властта на възложителя са създали обективна ситуация, при която той не би могъл да осъществи поръчката, т.е. да задоволи съответния публичен интерес. В хипотезата на точка 1 предметът на обществената поръчка сам по себе си е без правно значение, както и факта дали този предмет обективно би могъл да се изпълни и от друг - непоканен, икономически оператор. Дали предметът на обществената поръчка може по принцип да се изпълни и от друг оператор е релевантен въпрос в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 3 ЗОП, но там той е елемент на фактическия състав, при чието осъществяване е допустимо провеждането на процедура на договаряне без предварително обявяване.

Ако в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, на базата на потенциалната възможност предметът на поръчката да може да бъде изпълнен и от други икономически оператори, се преценява спазването на принципа на свободната конкуренция, във всеки един момент би могло да се констатира нарушаването му, когато възложителят е поканил например само двама от потенциалните двеста икономически оператори, които могат да изпълнят поръчката. Такава правна несигурност - липса на нормативно установени изисквания и/или критерии, законодателят нито изрично, нито имплицитно дефинира или допуска, защото е преценил, че функциите на публичността - да бъдат уведомен потенциалните икономически оператори и техните конкуренти за обществената поръчка, т.е. да се създаде конкурентна среда, е изпълнена и не е необходимо да бъде отново повтаряна. Не съществува също нито изрично, нито имплицитно задължение на възложителя да обосновава защо отправя покана само до един и то точно избрания икономически оператор (Решение № 10157 от 23.07.2020 г. по адм. д. № 3796/2020 г., VII отд. на ВАС).

Ако законодателят считаше, че за гарантиране на принципите на закона в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП е необходимо възложителят да отправи покана до повече от един икономически оператор той би го регламентирал изрично. Следователно, именно спазването на законово определените, изключително конкретни хипотези, при които е допустимо тази процедура да бъде проведена, е основание да се приеме редът за законосъобразен, а не броят на поканените икономически оператори. Законодателят е приел, че спазването на принципа на свободната конкуренция в тази хипотеза по обективни причини не е в обем, в който е при откритите процедури или при процедурите на публично състезание, поради което не може действията на възложителя да се преценяват чрез преценка на броя на поканените икономически оператори, определен на основата на потенциалната възможност за изпълнение на предмета на поръчката.

Дефиниция на понятието „нередност“ се съдържа и в чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2016г, съгласно която "нередност" е всяко нарушение на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно посочената легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като "нередност" следва да се вземат предвид три

елемента от обективна страна: доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; доказано нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции при определянето на корекциите се вземат предвид: характера и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение от друга.

Тоест следва да е налице причинно-следствена връзка между нарушението и финансовите последици от него, които биха могли да се изразят в наличие или възможност за увреда на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или в намаляването или загуба на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

При така изложените съображения, съдът намира, че оспореното решение на ръководителя на Управляващия орган по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“ за налагане на финансова корекция е издадено в нарушение на материалния закон, поради което жалбата се явява основателна и следва да бъде уважена, като се отмени оспореното решение.

При този изход на спора на жалбоподателя следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 143 от АПК, във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от ЗПП, във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ в размер на 100 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд С.-град, III отделение, 62 състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на „Институт по обща и неорганична химия - Б., със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от директора Р. С. Решение № 16-31 от 02.08.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % 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 договор № 47/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 13 060 лв. без ДДС, съответно 15 672 лв. с ДДС и договор № 46/31.07.2020 г. с [фирма] на стойност 6 200 лв. без ДДС, съответно 7440 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ да заплати на Институт по обща и неорганична химия - Б., със седалище и адрес на

управление: [населено място], [улица], сумата от 100 (сто) лв., представляваща разноси в производството.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ: