

РЕШЕНИЕ

№ 5205

гр. София, 08.10.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 09.07.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **4195** 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 /ЗУСЕСИФ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Медицински университет - П. срещу Решение № 80811-886/05.12.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г. Моли решението да бъде отменено. Излага, че същото е издадено в противоречие с приложимите материалноправни разпоредби, не са посочени от УО конкретни фактически основания, поради което се иска отмяната му, като незаконосъобразно. В жалбата до съда претендира разноска. Представят писмени бележки по делото.

Ответникът, в съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Представя подробни писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД, след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

Между страните е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /ДФП/ NQVG05M20P001-1A002-0010-C03, с бенефициенти МЕДИЦИНСКИ УНИВЕРСИТЕТ-П., МЕДИЦИНСКИ

„УНИВЕРСИТЕТ-Проф.д-р П. С.”-В. и ИНСТИТУТ ПО РОБОТИКА-Б..

От Медицински университет – П., в качеството му на възложител, е проведена обществена поръчка по чл.20, ал.2 от ЗОП с предмет „ Осигуряване на директна връзка със SERGS 2019г. /S. of E. R. G. S./- Конференция на Евроасоциацията по роботизирана гинекологична хирургия в С. през 2019г. по Проект BG05M20P001-1.002-0010 „Център за компетентност по персонализирана медицина, 3D и телемедицина, роботизирана и минималноинвазивна хирургия”, както и че при проверка на възложената обществена поръчка и сключения договор е констатирано нарушение, посочено в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансовата корекция, изпратено чрез ИСУН2020, кореспонденция рег.№ BG05M20P001-1.002-0010-С03-М 120/31.10.2019г., а именно:

Използване на ограничителни и непропорционални спрямо предмета на поръчката изисквания за Технически и професионални възможности в Критерии за подбор: В Раздел III „Правна, икономическа, финансова и техническа информация” от обявлението за откриване на обществената поръчка е заложено изискването участникът да разполага с персонал минимум двама човека с определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката, в това число:

-минимум-1 /един/ специалист: ”Мултимедийни, стереоскопични /3D/ системи” с необходима образователна квалификация - Минимум 5 години професионален опит в областта на информационните технологии, broadcast индустрията с професионални видео решения, предавания на живо, стереоскопични /3D/ системи и -минимум-1/един/ специалист: „ИТ и Телекомуникационни инфраструктури”, с необходима образователна и професионална квалификация, както следва: Минимум 5 години професионален опит в областта на информационните технологии и телекомуникации.

С оспорваният акт е посочено, че заложеното изискване за продължителност на опита 5 години в съответната посочена област/и за двамата експерти/ е завишено и макар да съответства на предмета на поръчката, не е необходимо за установяването на възможността на икономическия оператор да изпълни заложените дейности.

Посочено е също, че в случая продължителността на опита е прекомерна спрямо отговорностите на съответния експерт и че „...същите отговорности биха могли да бъдат поети и изпълнени от експерти със същата квалификация, но с по- малък опит, без това да се отрази на качеството на изпълнение.”

-Минимум - 1 (един) специалист: „Мултимедийни, стереоскопични (3D) системи”, с необходимата образователна и професионална квалификация, както следва:...; Минимум 5 години професионален опит в областта на информационните технологии, broadcast индустрията с професионални видео решения, предавания на живо, стереоскопични (3D) системи.

Минимум -1 (един) специалист: „ИТ и Телекомуникационни инфраструктури”, с необходимата образователна и професионална квалификация както следва:...; Минимум 5 години професионален опит в областта на информационните технологии

и телекомуникации.

УО е квалифицирал тези критерии за подбор като ограничителни и непропорционални, което ограничава кръга на потенциалните участници, следователно не може да се гарантира получаването на най-изгодна оферта. Именно, след като в чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, законодателят е преценил, че годността на участника да изпълни качествено поръчката се измерва с 5-годишен опит - за строителство, респ. 3-годишен опит за доставки и услуги (каквато е настоящата поръчка), през който той успешно следва да е изпълнил договори със сходен предмет, то не може да се счита, че спрямо членовете на екипа му от експерти, които ще бъдат ангажирани с изпълнението на предмета на поръчката и които ще отговарят за качествено й изпълнение, е допустимо да бъдат приложени по-рестриктивни изисквания от тези, заложи в закона за участника като цяло.

След извършен анализ на тежестта на посоченото нарушение Управляващият орган (УО) е приел, че за допуснатото нарушение следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор Договор № 14- ПС/09.09.2019 г., сключен с [фирма], на стойност 71 950,00 лв. без ДДС.

Управляващият орган е дал възможност на бенефициента за възражение по основателността и размера на финансовата корекция, която процедура е стартирана с писмо с рег. № BG05M20P001-1.002-0010-C03-M153 от 31.10.2020г. в системата ИСУН 2020.В законоустановения срок същият е представил възражения по описаните констатации по установеното нарушение. След разглеждане и анализ на представените разяснения относно основателността на предложената финансова корекция УО не е приел изложеното, тъй като е счел същите за неотнoсими към същността на констатираното нарушение.

05.12.2019 г. е издадено оспореното решение, с което Ръководителят на Управляващия орган /УО/ на ОП НОИР 2014-2020 г. е определил финансова корекция /ФК/ в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по сключения Договор № 14- ПС/09.09.2019 г. с [фирма], на стойност 71 950,00 лв. без ДДС.

В акта е прието, че е налице нарушение на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 59, ал. 2 от ЗОП вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП и във връзка с т. 11, б. а от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите.

От правна страна съдът намира следното:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 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 № 2988/95 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 № 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) № 1083/2006 на Съвета. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 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 Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 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.

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 К. Г. 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 срок.

В жалбата се навеждат твърдения и аргументи, които се основават на Методологията за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от структурните фондове, кохезионния фонд на европейския съюз, европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, европейския фонд за рибарство и фондовете от общата програма "солидарност и управление на миграционните потоци" (загл. изм. - дв, бр. 52 от 2014 г., в сила от 24.06.2014 г.), като цитирана Методология е отменена с параграф 1 от преходните и заключителните разпоредби на Постановление № 57 от 28.05.2017г. за приемане на 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 - ДВ, брой 27 от 31 март 2017 г., в сила от 04.04.2017 г.

Приложима към констатираното нарушение, съставляващо нередност, е именно Наредбата за посочване на нередностите, в редакцията след изменението ѝ, в сила от 23.08.2019 г. Това следва и 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.

За основанието и размера на финансовата корекция са приложими разпоредбите, действали към датата на откриване на нарушението и определяне на финансовата корекция за същото. Предвид тази дата - 05.12.2019 г. - приложение намира именно Наредбата за посочване на нередности, в приложимата ѝ към този момент редакция.

Съдът не споделя твърденията на жалбоподателя, че неправилни са изводите на УО, че е непропорционално изискването на възложителя да разполага с минимум двама експерти с продължителност на опита 5 години в съответната област. Условието е дискриминационно и ограничително именно поради факта, че заложеното изискване за продължителност на опита 5 години в съответната посочена област (и за двамата експерти) е завишено и макар да съответства на предмета на поръчката, не е необходимо за установяването на възможността на икономическия оператор да изпълни заложените дейности. В случая, продължителността на опита е прекомерна спрямо отговорностите на съответния експерт при изпълнението на поръчката - същите отговорности биха могли да бъдат поети и изпълнени от експерти със същата квалификация, но с по-малък опит, без това да се отрази на качеството на изпълнение. Доколкото предметът на поръчката е „Осигуряване на директна връзка със SERGS (S. of E. R. G. S.) 2019 г. - Конференция на Евроасоциацията по роботизирана гинекологична хирургия в С. през 2019 г.“, достатъчно е експертите, посочени от участника, да притежават опит в изпълнението на еднаква или сходна на посочения предмет дейност, което не е задължително да бъде обвързано с 5-годишна продължителност на опита. Подробно конкретни съображения са изложени и в Писмото за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция.

Изискването за 5 години в съответната посочена област (и за двамата експерти) е прекомерно /непропорционално/ и в този смисъл ограничава достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка.

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 случая 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 лоялна и свободна конкуренция между кандидатите 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.

Посочени са конкретните фактически основания и аргументи от страна на УО защо счита изискването за продължителност на опита 5 години в посочената област за завишено.

Посоченото минимално изискване за брой години опит в съответната област необосновано ограничава участието на лица в поръчката: и за двамата експерти „минималното изискване за 5 години професионален опит в съответната област“ е непропорционално на определените в техническото задание задължения за тези експерти и е прекомерно. Предвидените за изпълнение дейности по договора за обществена поръчка могат да бъдат изпълнени качествено и от лица, които притежават по-малък брой години професионален опит/ – напр. 3 год./ . Така формулираните изисквания ограничават достъпа на кандидати до конкретната процедура, тъй като дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в поръчката, което всъщност ги отличава и по своя дискриминационен характер /нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП/.

С така формулираните изисквания възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници - само такива, които към момента на кандидатстване разполагат с екип от минимум двама експерт, които притежават „минимум 5 години

професионален опит в съответната област“. Възложителят не е дал възможност участие в процедурата да вземат участници, които разполагат с експерти, притежаващи по-малък брой години. Доколкото в разглежданата процедура е поставено завишено изискване за брой години професионален опит към двамата експерти, същото ограничава достъпа на участниците, тъй като дава необосновано предимство и необосновано ограничава участието на лица в обществената поръчка.

Нарушението ограничава кръга на потенциалните участници, следователно не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Съгласно чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица нанасянето на вреда" сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Във връзка с това на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ следва да бъде определена финансова корекция върху допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване.

Предвид, че естеството на нарушението не позволява да се установи точния размер на финансовата загуба, диференциалният метод е неприложим, като правилно УО е приложил пропорционалния метод. При преценката за съответствието му с материалния закон УО правилно и законосъобразно се е съобразил със съответните норми от ЗОП. Позовавайки се на относимите разпоредби от ЗОП, УО е направил законосъобразен извод, че се касае за използване на ограничителни и непропорционални спрямо предмета на поръчката изисквания за Технически и професионални възможности. Извършеното нарушение попада във фактическия състав на т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2 от Наредбата за посочване на нередности.

В решението са изложени конкретни съображения за определянето на съответния размер на финансовата корекция, а именно 5% като е спазен чл. 72, ал. 1 и ал. 2 ЗУСЕСИФ, които изискват при определяне размера на финансовите корекции да се отчитат

естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ. Следователно, в конкретния случай, УО правилно е определил размера на корекцията в размер на 5% върху стойността на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по Договор №14-ПС/09.09.2019 г., сключен с [фирма].

С оглед на изложеното жалбата се явява неоснователна, поради което и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора в тежест на жалбоподателя остават направените от ответника разноски за юрисконсултско възнаграждение, поради което и същите следва да бъдат присъдени в размер на 100лв., на основание чл.143, ал.1 от АПК и чл.78, ал.8 (Изм. – ДВ, бр. 8 от 2017 г.) от ГПК, вр.чл.144 от АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното АССГ

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Медицински университет - П. срещу Решение № 80811-886/05.12.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г.

ОСЪЖДА Медицински университет – П. да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ разноски по делото в размер на 100,00 лв. (сто лева).

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ:

