

# РЕШЕНИЕ

№ 5836

гр. София, 14.10.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 63 състав,**  
в публично заседание на 21.09.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Димитрина Петрова**

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **2901** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145-178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр.чл.27 и сл. Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на МЕДИЦИНСКИ ИНСТИТУТ на Министерство на Вътрешните работи, с адрес: [населено място], [улица], представлявано от Директора Проф. Д-р Н. П. С., ДМ, срещу Решение № 09-1/26.02.2021 г. на Изп. Директор и Ръководител на управляващия орган (Р.) на ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“/, за установени нарушения при провеждането на обществена поръчка с предмет: „Доставка, монтаж и пускане в експлоатация на медицинска апаратура за нуждите на МИ – МВР в отделение по „Клинична микробиология“ с две обособени позиции: Обособена позиция № 1 „Мас-спектрометричен апарат MALDI-TOF“ и Обособена позиция № 2 „Система за хоризонтална агарозна електрофореза за конвенционална Р.“, по процедура с № 00023-2019-0002 в Р. и е наложена ФК в размер на 5 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по следните договори с изпълнител: ОП1 – Договор №125/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД на стойност 360 000.00 /триста и шестдесет хиляди/ лв. без ДДС, съответно 432 000.00 /четиристотин тридесет и две хиляди/ лв. с включен ДДС; ОП2 – Договор №127/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД на стойност 7 980.00

/седем хиляди деветстотин и осемдесет/ лв. без ДДС, съответно 9 576.00 /девет хиляди петстотин седемдесет и шест/ лв. с включен ДДС.

На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредба (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.), максималната стойност на финансовата корекция в определения размер от 5 % е, както следва: - За обособена позиция №1 - Договор №125/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД в размер на 21 600.00 /двадесет и една хиляди и шестстотин/ лв. с включен ДДС; - За обособена позиция №2 - Договор №127/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД в размер на 478.80 /четиристотин седемдесет и осем лева и 80 ст./ с включен ДДС.

В жалбата се поддържа, че оспореният акт е постановен в противоречие с административно производствените правила, с материалноправните разпоредби, както и с целта на закона. Излагат се съображения за необоснованост и немотивираност на акта, както по отношение на фактическите констатации, така и по отношение на липсата на основания за квалифициране на констатациите като нарушения и нередности по смисъла на закона. Посочва, че Р., повратно и бланкетно е тълкувал нормите на ЗОП и принципите на закона, без да е налице нарушение на национална или общностна норма, което да обосновава налагането на финансова корекция. Иска се отмяна на акта. Претендира разноски. съдебно деловодни разноски.

Ответникът: Изп. Директор и Ръководител на управляващия орган (Р.) на ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“, в съпроводителното адм. преписка писмо оспорва изцяло жалбата, в съдебно заседание и подробни писмени бележки, оспорва жалбата и иска същата да бъде отхвърлена. Претендират се разноски.

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

Не се спори по делото, а се установява и от приетата административна преписка, че МЕДИЦИНСКИ ИНСТИТУТ на Министерство на Вътрешните работи, е Бенефициент по валиден административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.002-0001 по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ и по проект BG05M2OP001-1.002-0001 „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“, чрез Медицински институт на МВР е проведена обществена поръчка – открита процедура по реда на ЗОП, с предмет: „Доставка, монтаж и пускане в експлоатация на медицинска апаратура за нуждите на МИ – МВР в отделение по "Клинична микробиология" с две обособени позиции: Обособена позиция № 1 „Мас-спектрометричен апарат MALDI-TOF“ и Обособена позиция № 2 „Система за хоризонтална агарозна електрофореза за конвенционална Р.“, при която въз основа на проведената обществена поръчка са сключени по обособени позиции №№ 7 и 8 договори: №125/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД за ОП № 1; №127/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД за ОП № 2. Въз основа на извършена проверка от УОП, е постановен оспореният административен акт, с който е наложена ФК в размер на 5 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по следните договори с изпълнител: ОП1 – Договор №125/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД на стойност 360 000.00 /триста и шестдесет хиляди/ лв. без ДДС, съответно 432 000.00 /четиристотин

тридесет и две хиляди/ лв. с включен ДДС; ОП2 – Договор №127/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД на стойност 7 980.00 /седем хиляди деветстотин и осемдесет/ лв. без ДДС, съответно 9 576.00 /девет хиляди петстотин седемдесет и шест/ лв. с включен ДДС, за нарушения, квалифицирани по т. 1 и т.2 от мотивите на акта.

На МЕДИЦИНСКИ ИНСТИТУТ на Министерство на Вътрешните работи, съгласно изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, е предоставена възможност за възражение, която същия е упражнил. Възраженията са подробно разгледани и обективирани в мотивите на оспорения акт, като са уважени по т. 3 и отхвърлени по т. 1 и 2, въз основа на които е наложена оспорената с акта ФК в настоящото производство.

За да постанови оспореното решение УО, е приел:

По т. 1: Нарушение на националното законодателство: чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, изразяващо се в Използване на критерии за подбор от Възложителя, които не са дискриминационни по национален, регионален или местен признак, но ограничават достъпа на участниците до участие в процедурата, квалифицирани като нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, изразяващо се в залагане на неправомерни критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален /регионален/ местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на участниците до съответните обособени позиции на конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка.

За да приеме наличието на нередност по т. 1, Р. е приел, че: В раздел III.1.1) Годност за упражняване на професионалната дейност, включително изисквания във връзка с вписването в професионални или търговски регистри от обявлението възложителят е заложил следните критерии за подбор /и за двете обособени позиции/: Списък и кратко описание на условията: документи, удостоверяващи правото му за търговия на едро с медицински изделия, издадено от ИАЛ. За доказване на съответствието с това изискване участниците следва да посочат необходимата информация, част IV „Критерии за подбор“ на ЕЕДОП. Изискването се доказва чрез предоставяне на копие на съответната регистрация преди сключване на договор.

По своята същност така формулираното изискване е незаконосъобразно, тъй като предметът на обособена позиция № 1 „Мас-спектрометричен апарат MALDI-TOF“ е за апаратура, която не е медицинско изделие. Обособената позиция е за масспектрометър с лазерно изпарение, представляващ аналитична техника, която наред с приложения за анализ на органични матрици и изследване на изображения, се използва и за идентификация на микроорганизми. Намира приложение в различни области на науката, фармацевтичната промишленост, хранителната промишленост, екологията, медицината, и др.

Изискванията на Възложителя в Техническата спецификация за обособена позиция № 1 са следните: „Напълно автоматизирана система за идентификация на бактерии и медицински значими гъбички, подпомагана от матрица лазерна десорбционна йонизация - време на полета (MALDI-TOF) мас- спектрометрия (M. Assisted Laser

Desorption Ionization T. of F.)“.

Има различни производители на такъв тип апаратура, например Системата MALDI Biotyper на производителя BRUKER изцяло отговаря на изискванията на възложителя, заложен в Техническата спецификация за обособена позиция № 1. В техническата документация на производителя за тази система е записана следната информация: „Системата MALDI Biotyper идентифицира микроорганизми с помощта на технологията MALDI-TOF (матрично подпомагана лазерна десорбция/йонизиращо време на полета) маспектрометрия за определяне уникален протеомен отпечатък на организъм. По-конкретно системата MALDI Biotyper измерва високо разпространени протеини, които се срещат във всички микроорганизми. Тази технология позволява надеждна и ефикасна идентификация на грам-отрицателни бактерии, грам-положителни бактерии и дрожди, тоест апаратурата се използва за анализ на проби а не за третиране на пациенти и медицински манипулации, поради което изискването за документ, удостоверяващ правото на участника за търговия на едро с медицински изделия, ограничава участието на производители на такава апаратура и техни дистрибутори, нямащи такъв документ, издаден от ИАЛ (Изпълнителна агенция по лекарствата). Естеството и характера на оборудването предмет на доставката, оборудване с приложение в различни сфери, обуславя факта, че доставката може да бъде извършена и от икономически оператори, които не са специализирани в доставката на медицинско оборудване. Търсеното от бенефициента-възложител оборудване, макар и в конкретния случай прилагано в областта на медицината, няма изразено медицинско естество и не предполага ограничаване на възможните изпълнители до такива, които разполагат с документи удостоверяващи правото му за търговия на едро с медицински изделия, издадено от ИАЛ.

Прието е, че е налице кумулация и на трите елемента на понятието за „нередност“, установени в легалната дефиниция съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, а именно:

- налице е нарушение на националното право - нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП,
- произтичащо от действие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове – Медицински институт на МВР, един от бенефициентите по административен договор за предоставяне на БФП BG05M2OP001-1.002-0001, в качеството му на бенефициент и възложител по разглежданата обществена поръчката е одобрил документацията за поръчка, съдържаща коментирания по-горе неправомерни критерии за подбор,
- нарушението би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респ. чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза - в конкретния случай Медицински институт на МВР, в качеството на бенефициент по административния договор за предоставяне на БФП, е отчетел пред управляващия орган разходи общо на стойност 360 000.00 /триста и шестдесет хиляди/ лв. без включен ДДС по засегнатият договор №125/16.03.2020 г. с изпълнител „Е. 90М“, сключен в изпълнение на ОП № 1 на горепосочената обществена поръчка, като същите разходи не са верифицирани и сертифицирани, т.е. нарушението е установено преди верифициране на разходи по засегнатите договори с изпълнител.

Размерът на финансовата корекция за нарушението е определен в размер на 5 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушенията разходи,

които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договор: ОП1 – Договор №125/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД на стойност 360 000.00 /триста и шестдесет хиляди/ лв. без ДДС, съответно 432 000.00 /четиристотин тридесет и две хиляди/ лв. с включен ДДС, като е отчетено, че в процесния случай е налице е минимално ниво на конкуренция по разглежданата обособена позиция на поръчката.

По т.2: Нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, изразяващо се в залагане на неправомерни критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален /регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на участниците до съответните обособени позиции на конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Р. е приел, че VI Критерии за подбор, т. 3. Критерий за подбор относно техническите способности на участниците в процедурата, 3.1. Участникът да е изпълнил дейности с предмет, идентични или сходни с този на поръчката за последните три години от датата на подаване на офертата. (чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП) е незаконосъобразна. Посочено е изрично, че изискването важи и за двете позиции.

За да приеме наличието на нередност, по т.2, Р. е приел, че е констатирано изискване участникът да е изпълнил минимум 1 (една) доставка през последните три години, чийто предмет и обем е еднакъв или сходен с предмета на обществената поръчка по съответната обособена позиция, считано от датата на подаване на офертата. Под дейности с идентичен или сходен предмет и обем да се разбира услугата на минимум: една доставка на медицинско оборудване за клинична лаборатория. Прието е, че по своята същност така формулираното изискване е незаконосъобразно и е в противоречие с предмета на обособена позиция № 1 „Мас-спектрометричен апарат MALDI-TOF“, тъй като медицинското оборудване не е сходно на масспектралното оборудване, включено в тази обособена позиция. Предметът на ОП2 е доставка на „Система за хоризонтална агарозна електрофореза за конвенционална Р.“. Гел електрофорезата е техника, която се използва за разделяне на Д. фрагменти (или други макромолекули, като Р. и протеини) въз основа на размера и заряда им. Намира приложение в [биохимията](#) и [медицината](#) за разделяне на високомолекулни съединения на фракции с различна молекулна маса. Прието е, че това изискване представлява и необосновано ограничение за участие на лица в процедурата, за обособена позиция № 1 и обособена позиция № 2, имащи доставки на сходна апаратура в друг вид лаборатории, различни от клинична.

Естеството и характера на оборудването предмет на доставката по ОП1 и ОП2, оборудване с приложение в различни сфери, обуславя факта, че участниците може да са изпълнили доставка на сходна или еднаква апаратура с изискваната от възложителя по обособена позиция № 1 и обособена позиция № 2 в различни специализирани лаборатории, без те да са клинични, съгласно становището обективизирано в мотивите на акта от Р..

По делото е прието заключението по СТЕ на ВЛ Т. Д., Началник-Отдел „МЕДИЦИНСКИ ИЗДЕЛИЯ“, ДИРЕКЦИЯ „НАДЗОР НА ПАЗАРА И ИНСПЕКЦИИ“ при ИЗПЪЛНИТЕЛНА АГЕНЦИЯ ПО ЛЕКАРСТВАТА, приета и

кредитирана от съда като обективна и компетентна, не оспорена от страните. В заключението си ВЛ посочва, че съгласно § 1, т. 21 от Допълнителни разпоредби на Закон за медицинските изделия (З.): "Медицинско изделие" е инструмент, апарат, уред, софтуер, материал или друго изделие, използван самостоятелно или в комбинация, включително софтуер, предназначен от производителя да бъде използван специфично за диагностични и/или терапевтични цели и необходим за правилната му употреба, който не постига основното си действие по предназначение във или върху човешкото тяло по фармакологичен, имунологичен или метаболитен път, но може да се подпомага при своето действие от средства с такъв ефект, и който е предназначен от производителя да се прилага при хора с цел: а) диагностика, профилактика, наблюдение, лечение или облекчаване на заболявания; б) диагностика, наблюдение, лечение, облекчаване или компенсиране на травми или инвалидност; в) изследване, замяна или корекция на анатомична част или физиологичен процес; г) контрол върху процеса на забременяване. Съгласно § 1, т. 12 от ДР на З.: "Ин витро диагностично медицинско изделие" е медицинско изделие, което е реактив, продукт от реактив, калибратор, контролен материал, кит (набор), инструмент, апарат, оборудване или система, използвано самостоятелно или в комбинация, предназначено от производителя за използване ин витро при изследване на проби от човешкото тяло, включително кръв и тъкан, единствено или главно с цел получаване на информация за: а) физиологично или патологично състояние, или б) вродени аномалии, или в) определяне на безопасността и съвместимостта с потенциални реципиенти, или г) контролиране на терапевтични действия. Ин витро диагностични медицински изделия са и изделията за самотестуване, съдовете за съхранение на проби от човешкото тяло, с изключение на изделията за обща лабораторна употреба, освен ако изделието по отношение на характеристиките му е специално предназначено от производителя за ин витро диагностични изследвания.

Категоризацията на медицинските изделия, съгласно З. се извършва по стандарт БДС EN ISO 15225 Управление на качеството. Структура на номенклатурните данни за медицинските изделия (отм.).

Медицинските изделия могат да се внасят и разпространяват в Р България, при спазване разпоредбите на З. и подзаконовата нормативна уредба. Съгласно чл. 77, ал. 1 от закона: „Търговия на едро с медицински изделия на територията на Република България могат да извършват физически или юридически лица, регистрирани като търговци по Търговския закон или по законодателството на друга държава членка или на друга държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство, или на Конфедерация Швейцария, на които е издадено разрешение за търговия на едро с медицински изделия от ИАП или друг документ, удостоверяващ правото им да търгуват с медицински изделия, издаден от компетентен орган на съответната държава. Чл. 77, ал. 2 Производителите, установени на територията на Република България, могат да извършват търговски сделки с произведените от тях изделия без документа по ал. 1“.

В чл. 83, ал. 1 на З. са посочени лицата, с които търговците на едро с МИ могат да извършват търговски сделки.

Лицата по чл. 77 могат да извършват търговски сделки с медицински изделия при спазване на изискванията за тяхното съхранение и разпространение със:

1. други търговци на едро по смисъла на този закон;
2. (изм. - ДВ, бр. 14 от 2016 г., в сила от 19.02.2016 г.) лечебни заведения по Закона за лечебните заведения и ветеринарномедицински заведения по Закона за ветеринарномедицинската дейност;
3. здравни заведения по чл. 21, ал. 2, т. 1, 3 и 4 и ал. 3 от Закона за здравето;
4. ветеринарномедицинските аптеки;
5. дрогерии;
6. (изм. - ДВ, бр. 105 от 2018 г., в сила от 01.01.2019 г.) лица, които извършват дейности по предоставяне на помощни средства, приспособления и съоръжения и медицински изделия за хората с увреждания по Закона за хората с увреждания;
7. лица, притежаващи търговски обекти, в които се предлагат определени със заповед на министъра на здравеопазването или на оправомощен от него заместник-министър медицински изделия;
8. общини, органи на държавната власт и държавни институции, които провеждат процедури за възлагане на обществени поръчки за доставка на медицински изделия;
9. учебни заведения;
10. лица, които са в процедура по изграждане и оборудване на бъдещи лечебни и здравни заведения, след получаването на разрешение за строеж по реда на Закона за устройство на територията.

Бенефициерът (МИ на МВР) е сключил договори по обособените позиции, както следва: № 125/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД за ОП № 1; № 127/16.03.2020 г. с изпълнител „Елта-90М“ ООД за ОП № 2.

Изпълнителят по договорите „ЕЛТА 90М“ ООД е търговец на едро с медицински изделия, с Разрешение за търговия № IV-P-T / МИ 050 от 20.09.2007, адрес на управление: [населено място] 1510, район П., [жк], ул. И. М. Й., № 10. В издаденото разрешение по реда на З. са вписани всички категории медицински изделия. Дружеството разполага с три склада за търговия на едро на територията на [населено място].

**ОБОСОБЕНА ПОЗИЦИЯ № 1 „Мас-спектрометричен апарат MALDI-TOF“:**

В приложена към документацията по делото информационна брошура на системата за идентификация на микроорганизми MALDI Biotyper® (I.-CE издание, стр. 64) на производителя Bruker Daltonics G. & Co. KG, Германия е посочено, че същата идентифицира микроорганизми с помощта на технологията MALDI-TOF (матрично подпомагана лазерна десорбция) масспектрометрия за определяне на уникален протеомен отпечатък на организъм. П. е целият набор от протеини, който е или може да бъде експресиран от геном, клетка, тъкан или организъм в определен момент. Това е набор от експресирани протеини в даден тип клетка или организъм, в даден момент, при определени условия. MALDI Biotyper измерва високо разпространени протеини, които се срещат във всички микроорганизми. Така се идентифицират конкретни микроорганизми чрез съпоставяне на съответния модел с обширна I.-CE референтна библиотека, за да се определи идентичността на микроорганизма.

На стр. 88, I том е посочено, че M. I. Библиотека на BRUKER е изделие за ин витро диагностична употреба (CE I.). Технологиата MALDI-TOF може да бъде използвана с MALDI Biotyper и за изследователски цели. В тези случаи не се извършват клинични диагностични процедури, а се прилага софтуерът MBT Compass, който работи с MBT Compass Library. В европейската база данни за медицински изделия (Eudamed) е вписан MALDI Biotyper Compass I. (MBT Compass I.), определено като изделие за инвитро диагностика по реда на Директива 98/79/ЕО.

MBT STAR-Carba, бърза карбапенемазна детекция е първият мас-спектрометричен тест за резистентност. Същият е изделие за ин витро диагностика. MBT STAR<sup>®</sup>-Cepha – I. тест за бърза детекция на цефалоспориазна активност. MBT Sepsityper<sup>®</sup> - I. тест за ранно идентифициране на сепсис. Microflex LT/SH – I. изделие, съдържащо лазерен продукт за почистване, клас 4. Използва се за употреба с I. MALDI Biotyper система.

ОБОСОБЕНА ПОЗИЦИЯ № 2 „Система за хоризонтална агарозна електрофореза за конвенционална P.“: В представената документация по делото, освен описаните елементи на системата не са представени данни за търговски имена, подробни характеристики на елементите, документи за оценено съответствие по приложимите директиви/регламенти на Европейския съюз. Принципното приложение на полимеразно-верижното реакция (P.) е в областта на молекулярната биология и молекулната диагностика. Методът е сред най-широко използваните за диагностика ин витро при установяване на патогени и заболявания, причинени от микроорганизми.

***При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:***

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган. Обжалваният административен акт е издаден в



предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, 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.

Спорът по същество се свежда до материалната законосъобразност на оспореното решение, като съдът намира, че актът е постановен при противоречие с материално-правните национални и общностни разпоредби. Изложените в акта, мотиви са банкетни и необосновано, без да са разгледани относимите национални е прието нарушение на националния закон и в трите хипотези, посочени и обективирани в оспорения акт.

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, 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 С-260/2014 г. и С-261/2014 г./. Съгласно чл. 98 от Регламент 1083/2006 г. държавите-членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции. Държавата-членка извършва необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава-членка, се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата-членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете. Съгласно определението, дадено в чл. 2,

т. 3 от Регламент 1083/2006 г., под "операция" следва да се разбира проект или група проекти, избрани от органа за управление на съответната оперативна програма или под негова отговорност съгласно критериите, установени от мониторинговия комитет и осъществени от един или повече бенефициери, с оглед осъществяването на целите на приоритетната ос, към която се отнася. Съгласно чл. 2, т. 7 от същия Регламент под "нередност" се разбира всяко нарушение на разпоредба 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 Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно чл. 2, т. 36 от 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 „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 неправилен 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. Чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. изцяло преповтаря текста на цитирания по-горе чл. 98 от Регламент 1083/2006 г.

В изпълнение на приложимите норми на правото на Европейския съюз, посочени по-горе, Република България, в качеството си на държава-членка, за изпълнение на наложената и отговорност да следи за извършени нередности и да защитава бюджетните интереси на ЕС чрез анулиране на публичния принос за дадена програма спрямо конкретната операция, при и по повод на която е констатирана нередност, в националното законодателство за регулиране на тези правоотношения са приети Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор /ЗФУКПС/, Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ и Методологията за определяне на финансови корекции, приета с ПМС №134/2010 г.

С оспорения акт- Решение за ФК, УО, се позовава на нарушение на националното законодателство, което е квалифицирал като нередност по смисъла на закона. и на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност“. При определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“, по смисъла на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. /преди Регламент 1083/2006 г./, следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1.) Доказано нарушение на разпоредба на общностното право или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия

бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. Целта на налагане на посочените финансови корекции е визирана в чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия да са в съответствие на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Следва да се посочи, че финансова корекция не е санкция, в този смисъл Регламент (ЕО Евратом )№ 2988/95 чл. 4, решение от 26.05.2016 г. по съединени дела C-260/14 и C-261-14, решение C-158/08 СЕС, C-341/2013, C-599/13 на СЕС, където се обяснява, че задължението за връщането на облага, недължимо получена чрез нередност не представлява санкция, а просто последица от установяване, че условията, необходими за получаване на облагата, произтичащи от правовата уредба на Съюза не са били спазени, като по този начин получената облага се явява недължима.

Съдът намира, че формално Р., е спазил изискванията за излагане на мотиви, в съответствие с посочените действащи нормативни национални и общностни актове, но те са формални и са в противоречие с материалния закон и целите на закона.

В хода на съдебното производство въз основа на събраните доказателства и заключението на ВЛ по СТЕ, жалбоподателят доказва противоречие на акта с матиреалния закон. Въз основа на доказателствата по делото, съдът приема за основателни възраженията на жалбоподателя, като безспорно е установено, че критериите заложи от Възложителя, касаят медицинско изделие, съгласно § 1, т. 21 от Допълнителни разпоредби на Закон за медицинските изделия (З.): "Медицинско изделие", в посочения от законодателя смисъл. В същата хипотеза са и въведените изисквания по отношение на ОБОСОБЕНА ПОЗИЦИЯ № 2 „Система за хоризонтална агарозна електрофореза за конвенционална Р.“, по отношение на които не се констатира изисквания, които да са дискриминационни по отношение на кандидатите или да ограничават нивото на конкуренцията, доколкото, са налице нормативни актове, безспорно установяващи нормативни изисквания по отношение на доставчиците на техниката и изискванията, за конкретната техника, което е в съответствие и със заложените от Възложителя критерии. Съгласно разпоредбите на чл.59, ал.2 от ЗОП, Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критерии по този закон, които са необходими за установяване на възможността им за изпълнение на поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Цитираните норми дават възможност на Възложителя да залага обосновани ограничения пред участието на стопански субекти, които са съобразени с предмета на поръчката, стойността, количеството и обема на обществената поръчка. От оперативната самостоятелност на Възложителя е да определи потребностите си и той, в процесния случай ги е определил, при това в съответствие с действащото национално законодателство. Не се доказва по делото нарушение на националното законодателство: чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, изразяващо се в Използване на критерии за подбор от Възложителя, които не са дискриминационни по

национален, регионален или местен признак, но ограничават достъпа на участниците до участие в процедурата, квалифицирани като нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, изразяващо се в залагане на неправомерни критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален /регионален/ местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на участниците до съответните обособени позиции на конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, както и нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, изразяващо се в залагане на неправомерни критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален /регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на участниците до съответните обособени позиции на конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, във връзка с въведените изисквания на Възложителя по раздел III.1.1) Годност за упражняване на професионалната дейност, включително изисквания във връзка с вписването в професионални или търговски регистри от обявлението възложителят е заложил следните критерии за подбор /и за двете обособени позиции/ и VI Критерии за подбор, т. 3. Критерий за подбор относно техническите способности на участниците в процедурата, 3.1. Участникът да е изпълнил дейности с предмет, идентични или сходни с този на поръчката за последните три години от датата на подаване на офертата.

Въз основа на доказателствата по делото и приложимия закон съдът намира, че не е налице първата предпоставка за налагане на ФК, а именно нарушение на националното или общностното право, което обосновава такава. Доколкото предпоставките, установени от националното и общностното право за наличие на нередност, обосноваваща налагането на ФК, са кумулативни, изследването на останалите, при липсата на първата от тях, е безпредметно. По тези съображения, оспореният акт, се явява постановен в противоречие на материалния закон и като такъв незаконосъобразен.

В конкретния случай, по изложените съображения, не се установяват предпоставките, установени с посочените по-горе нормативни актове, за налагане на ФК, поради което решението на Р., е незаконосъобразно и като такова следва да бъде отменено.

По изложените съображения жалбата се явява основателна, поради което оспореният административен акт, следва да бъде отменен като незаконосъобразен.

При този изход на делото, жалбоподателят има право на сторените

съдебно-деловодни разноски, които възлизат на 526.63 лв., в т.ч. ДТ и възнаграждение за ВЛ, които следва да бъдат заплатени от ответната страна.  
**Водим от горното Административен съд- София – град,**

### **Р Е Ш И:**

ОТМЕНЯ, по жалба на МЕДИЦИНСКИ ИНСТИТУТ на Министерство на Вътрешните работи, с адрес: [населено място], [улица], представлявано от Директора Проф. Д-р Н. П. С., ДМ Решение № 09-1/26.02.2021 г. на Изп. Директор и Ръководител на управляващия орган (Р.) на ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“/, *като незаконосъобразно.*

ОСЪЖДА ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“/, **да заплати** на МЕДИЦИНСКИ ИНСТИТУТ на Министерство на Вътрешните работи, с адрес: [населено място], [улица], представлявано от Директора Проф. Д-р Н. П. С., сумата от 526.63 лв. /петстотин двадесет и шест лева и шестдесет и три стотинки/, *разноски в производството.*

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

### **СЪДИЯ:**