

# РЕШЕНИЕ

№ 109

гр. София, 07.01.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,**  
в публично заседание на 06.10.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Анета Юргакиева**

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **3104** по описа за **2020** 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 вр. с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на [фирма], представлявано от управителя С. Л. З., действащ чрез адв. В. Ш., срещу Решение № РД-16-247 от 11.03.2020 г., издадено при условията на заместване от името на Главния директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ (ГД ЕФК) като Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ (ОПИК), с което на дружеството е наложена финансова корекция в размер на 29 120 лева, представляващи 5 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор, сключен с [фирма].

Жалбоподателят счита решението за незаконосъобразно поради съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. Конкретно се сочи, че изводите за наличието на изисквания, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, са немотивирани и необосновани. Поддържа се, че специфичният предмет на доставката налага и по-високи изисквания по отношение на потенциалните участници, като поставеното изискване е изцяло в съответствие с чл.3, ал.14 от ПМС 160/2016г., съобразено както със стойността и предмета на процедурата, така и с обема и сложността на дейностите, доколкото предмет на обособената

позиция е доставка, монтаж, обучение на персонал, пуск в експлоатация и гаранционна поддръжка на вторична трошачно-пресевна инсталация с прогнозна стойност 832 000 лв. без ДДС. Жалбоподателят не споделя мотивите, че сертификацията за поддръжка и сервизно обслужване може да бъде придобита от оторизирани от производителя икономически оператори. Изтъква се, че бенефициентът не е поставял изискване обучението да бъде проведено при производителя, а единствено само сертификатът да е издаден от него. Излагат се и доводи, че поставеното изискване за трудов стаж не е ограничително с оглед дефиницията по чл.12, ал.2 от Наредбата за структурата и организацията на работната заплата. Изтъква се, че бенефициентът [фирма] няма качеството на възложител по смисъла на чл.5 от ЗОП, като правилно е да се прилага ПМС № 160 от 01.07.2016г. Твърди се, че не са налице включване в поканата на условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, което би довело до облагодетелстване или елиминирането на определени лица, и не са нарушени принципите на свободна конкуренция, на равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Искане се отмяна на оспореното решение за налагане на финансова корекция. Претендира се присъждане на направените разноски по делото.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. Ш., който поддържа жалбата и моли за отмяна процесното решение. Представя писмени бележки.

Ответникът – Главният директор на ГД „ЕФК“ в МИ в качеството на ръководител на УО на ОПИК, чрез процесуален представител юрк. С., оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Подробни доводи излага в писмени бележки.

От фактическа страна се установява следното:

Жалбоподателят [фирма] е бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG16RFOP002-3.001-0155-C01 за финансиране на проект „Устойчиво развитие чрез енергийна ефективност и ефикасност“.

В изпълнение на договора бенефициентът е провел процедура за избор на изпълнител чрез публична покана по реда на ЗУСЕСИФ и ПМС № 160/2016г. с предмет „Доставка на енергоефективно оборудване с четири обособени позиции“. В резултат на проведената процедура, по обособена позиция 1: Вторична трошачно-пресевна инсталация – 1 бр., е сключен договор от 16.07.2018г. с изпълнител [фирма] на стойност 832 000 лв.

Във връзка с представен окончателен одитен доклад от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ОСЕС) е извършена повторна проверка на документацията от проведената процедура за избор на изпълнител, в резултат на което са направени констатации за извършени от бенефициента нарушения.

Във връзка с тези констатации ръководителят на УО на ОПИК е изпратил до [фирма] писмо изх. № 26-Н-161/10.02.2020г. (л.639 от делото), с което бенефициентът е уведомен за извършената повторна проверка и наличието на обстоятелства, които пораждаат съмнение за извършено нарушение, за което предстои налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност в двуседмичен срок да представи писмени възражения, както и при необходимост да приложи документи. Във връзка с това, от страна на жалбоподателя е постъпило възражение, прието от УО за неоснователно.

Въз основа на констатациите в проверката, И. И., на длъжност заместник-главен директор на ГД „ЕФК“ в Министерството на икономиката, определена да изпълнява временно длъжността Главен директор на ГД „ЕФК“ и функциите на ръководител на

УО на ОПИК, е издала оспореното Решение № РД-16-247/11.03.2020г., с което на [фирма] е наложена финансова корекция в размер на 29 120 лева, представляващи 5 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор, сключен с [фирма], на стойност 832 000 лв. без ДДС.

Видно от изложените в решението мотиви, административният орган е направил констатации за извършени нарушения в проведената процедура за избор с публична покана, съставляващи нередност по т.11а 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 за посочване на нередности). Съгласно изложените мотиви, нарушението се изразява в поставянето на ограничителни изисквания към кандидатите, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата.

Установено е, че в раздел III.2.3 от публичната покана бенефициентът е поставил изискване: кандидатите да разполагат с персонал от минимум трима сервизни специалисти с висше инженерно образование, които да притежават сертификат/еквивалент за поддръжка и сервизно обслужване от производителя и трудов стаж от минимум 5 години като сервизен инженер по едра строителна техника. Минималното изискване се доказва със „списък на сервизните специалисти, документи, удостоверяващи образованието и квалификационния орит ( диплома, удостоверение, свидетелство или еквивалент) – заверени копия.

УО е посочил, че така формулираните критерии в тяхната комбинация не са съобразени със сложността на дейностите, които ще се извършват и затова са необосновано ограничаващи участието на лица в процедурата. Посочено е също, че професионалните гимназии предлагат образование монтьор на селскостопанска техника, а бенефициентът не е доказал, че в конкретния случай е необходима по-висока професионална квалификация. Освен това е отбелязал, че лица, които имат сертификат от производителя, но нямат висше инженерно образование, не отговарят на условията. Счел е за ограничително и изискването сертификацията за поддръжка и сервизно обслужване да е извършена от производителя, тъй като квалификация в областите поддръжка и сервизно обслужване може да бъде придобита и при оторизирани от производителя икономически оператори., като сертификатите/еквивалент за преминати обучения в тези случаи не се издават от конкретния производител. Също така, според административния орган изискването специалистите да притежават трудов стаж от минимум 5 години е ограничително спрямо лицата, придобили професионален опит въз основа на гражданско или друго правоотношение, а изисквания относно начина на придобиване на опита не се съдържат в приложимото към предмета на доставката законодателство. Ръководителят на УО е направил извод, че така поставените изисквания водят до ограничаване на достъпа на кандидатите до процедурата, като възпрепятстват участието на лица, които разполагат със специалисти с подходящо образование ( но не висше инженерно), сертифицирани за поддръжката и сервиза на предлаганото оборудване (но не при производителя), както и с опит в сервирането, придобит не въз основа на трудово правоотношение. УО е приел, че са нарушени чл.51, ал.4 във връзка с чл.50, ал.1 от ЗУСЕСИФ и чл.3, ал.14 от ПМС № 160/2016г.

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

Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от т. I от приложената по делото Заповед на № РД-16-5/06.01.2020г. на министъра на икономиката, С. К., заемаща длъжността „Главен директор“ на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерството на икономиката е определена да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПИК. Съгласно т. II от същата заповед, в отсъствието на длъжностното лице по т. I поради командироване или ползване на отпуск, функциите на Ръководител на ОПИК се изпълняват от И. И. – заместник главен директор в ГД „ЕФК“. Видно от Заповед № РД-16-218/02.03.2020г., издадена от главния секретар на МИ, за периода от 02.03.2020г. до 03.04.2020г., издалата процесното Решение И. И. е изпълнявала функциите на главен директор на ГД „ЕФК“, поради отсъствието на С. К., с оглед на това И. И. е била надлежно оправомощена да замества главния директор на ГД „ЕФК“ и да изпълнява функциите на Ръководител на УО, поради което е била овластена за издаване на актове от кръга на оспорения.

По отношение на административнопроизводствените правила съдът констатира, че е спазено изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ - жалбоподателят е бил уведомен за установените нарушения и предстоящото налагане на финансови корекции, като му е предоставена възможност за възражения. Той е упражнил това си право и възраженията му са обсъдени от административния орган, но са приети за неоснователни. Спазени са и изискванията за форма на акта, същият е мотивиран по начин, който позволява да бъде ясно изведена волята на административния орган и неговите съображения.

Спорът основно е относно приложението на материалния закон и се свежда до това дали дружеството жалбоподател е извършило сочените нарушения в процедурата по избор на изпълнител, съставляващи нередност по чл. 11, б. "а" от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности.

Чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ поставя изискване към бенефициентите да определят изпълнител след провеждане на процедура за избор с публична покана при спазване принципите на свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Съгласно чл. 51, ал. 3 от същия закон бенефициентите може да включат в поканата изисквания за икономическото и финансовото състояние и за техническите възможности и/или квалификацията на кандидатите за изпълнител, но в ал. 5 забранява на бенефициентите да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, както и информация, насочваща към конкретен модел, източник, процес, търговска марка, патент или друго подобно, което би довело до облагодетелстването или елиминирането на определени лица или продукти, а когато предвид спецификата на предмета това е обективно невъзможно, след посочването им се добавят думите "или еквивалентно".

Съгласно чл. 3, ал. 14 от ПМС № 160/2016г. изискванията за икономическото и финансовото състояние и за техническите възможности и/или квалификация, които се определят от бенефициента, трябва да са съобразени със стойността и предмета на възлагане, както и с обема и сложността на дейностите, които ще се извършват.

Съдът споделя изводите на административния орган, че така заложените към

кандидатите изисквания – поотделно и в съвкупност необосновано препятстват участието на лица в процедурата и водят до ограничаване на конкуренцията.

На първо място, ограничително е изискването кандидатите да разполагат с персонал (сервизните специалисти), който включва единствено лица с висше инженерно образование. Жалбоподателят не е обосновал и в хода на настоящото производство не доказва подобна необходимост, т.е. че естеството на съответната инсталация е такова, че сервизното обслужване и ремонт може да се извършва единствено от лица с по-високо образование, както и че всички сервизни специалисти трябва да са лица с висше образование. При това положение не става ясно защо тези дейности не биха могли да се осъществяват от лица с по-ниска степен на образование (със средно образование), но придобили квалификация по специалност, свързана със сервизно обслужване и ремонт на техника, в това число и селскостопанска, доколкото професионалните гимназии предлагат обучение по различни специалности, свързани с ремонт на машини и съобръжения (напр. „Земеделски техник“, „Монтъор на селскостопанска техника“, Механизация на селското стопанство”).

На следващо място, ограничително е изискването сервизните специалисти да притежават документ (сертификат/еквивалент), издаден от производителя. Несъстоятелни са доводите в жалбата, че изискването не касае самото обучение, а се свежда само до това сертификатът да е издаден от производителя. Ако възложителят принципно допуска и приема възможността квалификацията за извършване на съответните специфични дейности да е придобита в резултат на обучение, извършено от други, оторизирани от производителя лица, то няма логична причина да не признава сертификат, издаден от същите лица.

Основателни са и изводите на ръководителя на УО досежно изискването за трудов стаж на сервизните специалисти от минимум 5 години. По същество поставеното изискване е свързано с професионалния опит на лицата, които ще осъществяват ремонтните дейности. Както правилно е посочил административния орган обаче, професионален опит може да се придобие не само чрез трудов стаж, но и въз основа на граждански правоотношения, в рамките на които лицата са извършвали сервизно-ремонтни дейности, които са идентични или сходни с предмета на поръчката. По този начин също може да се удостовери, че кандидатът или участникът разполага с достатъчно квалифицирани и опитни в осъществяването на такива дейности лица. Доколкото поставеното изискване за натрупан професионален опит не произтича от нормативен акт, съдът приема, че комбинацията от изискванията за степен на образование и начина, по който е придобит професионалния опит (чрез трудов стаж), както и за удостоверяване на квалификацията чрез сертификат, издаден единствено от производителя, надхвърля необходимото за преценката на професионалните и технически способности на кандидатите, респ. техните човешки ресурси, и не съответства на сложността на поръчката. В резултат, така поставените изисквания, касаещи професионалната компетентност на експертите, с които следва да разполагат потенциалните кандидати, необосновано ограничават участието на стопански субекти в процедурата, което е нарушение на чл.51, ал.4 и чл.50, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Правилно административният орган е квалифицирал констатираното нарушение като нередност по т.11, б. „а“ от Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Доколкото не може да се направи точно количествено изчисление на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна

финансова помощ, обосновано административният орган е приложил пропорционалния метод за определяне на финансовата корекция. В случая финансовата корекция е определена в предвидения за съответната нередност размер от 5 на сто съгласно приложимата към датата на издаване на акта редакция на разпоредбата.

Изводът за допусната нередност, изразяваща се в нарушение на правилата за определяне на изпълнител, не се променя от факта, че УО е дал предварително одобрение на документацията за провеждане на процедурата за избор на изпълнител, както и за сключване на договора с избрания изпълнител, съответно че е верифицирал всички извършени плащания. Нарушението може да се бъде констатирано и при последваща проверка на изпълнението на проекта, а финансовата корекция може да се извърши и след верификацията на извършените разходи – аргумент от чл.75, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Предвид изложеното, съдът намира, че на жалбоподателя законосъобразно е била наложена финансова корекция и жалбата срещу Решение № РД-16-247/11.03.2020г. на Ръководителя на УО на ОПИК следва да бъде отхвърлена.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III–то отделение, 51-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 от АПК

#### РЕШИ:

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на [фирма] срещу Решение № РД-16-247 от 11.03.2020 г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“, с което на дружеството е наложена финансова корекция в размер на 29 120 лева, представляващи 5 % от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор, сключен с [фирма].

**РЕШЕНИЕТО** подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от получаването му .

СЪДИЯ: