

РЕШЕНИЕ

№ 7293

гр. София, 15.12.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 15.09.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **4843** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на [фирма], представлявана от изпълнителния директор, против Решение № ФРД-16-372 от 12.05.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ (ОПИК) и главен директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на икономиката, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 4 085,24 лв. без ДДС или 4 902,29 лв. с ДДС, по договор за БФП № BG16RFOP002-1.003 фаза 2 на проект „Създаване на научно-технологичен парк“ с бенефициент жалбоподателя, представляваща 10% от предоставената по договор за обществена поръчка от 06.11.2019г. сключен със [фирма] подкрепа със средства от ЕСИФ в размер на 41 000 лв. без ДДС или 49 200 лв. с ДДС.

Жалбоподателят счита решението за незаконосъобразно, поради неспазване на установената форма, съществено нарушение на административнопроизводствените правила, както и поради противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Конкретно се сочи, че оспорения акт не съдържа мотиви – фактически и прави основания за твърдяното нарушение, както и мотиви, обосноваващи конкретния размер на определената финансова корекция. Поддържа се, че административния орган не е изяснил всички факти и обстоятелства от значение за случая. Оспорват се

констатациите за извършено нарушение на чл.2 ал.2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Твърди се, че с поставеното изискване към техническите професионални способности на участниците е обосновано, с оглед предмета и сложността на поръчката, с конкретните потребности на възложителя и резултата, който иска да постигне. Предмета на доставката и включеното в него оборудване изисквал конкретни специфични познания от специалистите – инженери, които ще го монтират и поддържат, поради което и е необходимо участниците в процедурата да имат на разположение сервизен инженер или друг специалист, преминал обучение при производителя на оборудването, предмет на доставката. Искане се отмяна на решението за налагане на финансовата корекция. Претендират се разноски за държавна такса и юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрисконсулт Т., която в позиция по същество и в представени писмени бележки поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена.

Ответникът – изпълнителния директор на изпълнителна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на икономиката и ръководител на УО на ОПИК, чрез процесуален представител – гл.експерт М., редовно упълномощен, оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Подробни доводи излага в писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

Жалбоподателят е бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16SFOP002-1.003/10.04.2017г. (л.28-36) Фаза 2 на проект с наименование „Създаване на научно-технологичен парк“ по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020.

След проведена в изпълнение на проекта обществена поръчка с предмет „Доставка на лабораторно обзавеждане за нуждите на биофармацевтичен лабораторен комплекс по проект „Научно-технологичен парк – фаза 2“ е подписан договор за обществена поръчка № Д-1882019/BG16RFOP002-1.003-0001-C01-Su-027/06.11.2019г. между жалбоподателя и [фирма] на стойност 41 000 лв. без ДДС или 49 200 лв. с ДДС.

Във връзка с извършен последващ контрол на открита процедура по чл.18 ал.1 т.1 от ЗОП с предмет „Доставка на лабораторно обзавеждане за нуждите на биофармацевтичен лабораторен комплекс по проект „Научно-технологичен парк – фаза 2“ и сключения в резултат на нея договор за обществена поръчка с избрания изпълнител [фирма], са констатирани извършени общо 2 нарушения с финансово отражение, представляващи основания за отмяна на предоставената финансова подкрепа чрез извършване на финансова корекция.

С писмо изх. № 26-С-108/03.04.2020г. (л.37-39 от делото) жалбоподателят е уведомен за констатациите от проверката, като са посочени установените две нарушения, съответно в т.1 и в т.2 от писмото, както и за това, че за тях е предвидено налагането на финансова корекция, като е посочен и предвидения размер на корекцията. С писмото е предоставена възможност на бенефициера в 10-дневен срок да представи писмени възражения и доказателства.

Жалбоподателят се е възползвал от правото си да направи възражения и е депозирал такива с писмо изх. № 254/16.04.2020г. Възраженията са разгледани от Ръководителя на УО и приети частично за основателни – по отношение на едно от констатираните нарушения, посочено в т.2 от писмото от 03.04.2020г. и свързано с констатацията, че

избрания изпълнител не отговаря на всички изисквания на възложителя, поради което същото не е предмет на настоящето дело.

На 12.05.2020г. главния директор на главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“, в качеството на ръководител на УО на ОПИК, издал процесното Решение № РД-16-372, с което определил на жалбоподателя финансова корекция за нарушението по т.1 от горепосоченото писмо и по т.1 от решението, в размер на 10 % от размера на предоставената по договор за обществена поръчка № Д-1882019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-027/06.11.2019г. с изпълнител [фирма] подкрепа със средства от ЕСИФ в размер на 4 085,24 лв. без ДДС или 4 902,29 лв. с ДДС, при обща стойност на договора 41 000 лв. без ДДС или 49 200 лв. с ДДС.

Фактическите и правни основания за налагане на финансовата корекция съобразно решението са следните:

В раздел III.1.3 „Технически и професионални възможности“ т.2 от обявление за обществена поръчка, както и в т.3.5.3.2 от документацията, за обществена поръчка, достъпни на адрес <ftp://public.sofiatech.bg/2019-Lab-furniture>, възложителят е въвел следния критерий за подбор по отношение на техническите и професионални възможности на участниците – „Участниците да разполагат със специалист/и с професионална компетентност или образование за изпълнение на дейностите, включени в предмета на поръчката. За доказване на съответствието участникът следва да попълни част IV раздел В от ЕЕДОП, където посочва трите имена на специалиста с професионална компетентност на сервизния/ните инженер/и, данни за документа за придобита професионална компетентност и/или преминалото обучение (учебно заведение или обучаваща организация, № и дата на издаване, образователна степен, специалност или квалификация), както и данни за притежаваните сертификати, доказващи преминалото при производителя на оборудването обучение (вид, дата на издаване, срок на валидност, обхват, лице/организация, която го издава и др). Документите за поставения критерий, които се представят от участника при поискване в хода на процедурата са: списък, съдържащ имената на специалист/ите с професионална компетентност/ включително на сервизния/ните инженери, който/които ще отговаря/т за изпълнението на поръчката, както и документите, които доказват професионалната компетентност на посочените в списъка лица.“ Като минимално изискване е посочено: „участниците в процедурата да имат на разположение един сервизен инженер /или друг специалист с професионална компетентност, преминало обучение при производителя на оборудването“.

Изискването участниците да разполагат със специалист/и преминало обучение при производителя на оборудването е възприето от административния орган за ограничително, тъй като предмета на доставка може да се монтира и въведе в експлоатация от специалисти, които притежават квалификация, опит и възможности да изпълнят съответните дейности и в случаите, когато са обучени от оторизирани от производителя икономически оператори и/или партньори на производителя и/или други правоспособни лица, различни от производителя, като сертификатите за преминало обучение в тези случаи не се издават от конкретния производител. При тази своя констатация административния орган се е позовал на практиката на Одитния орган Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ИА ОСЕС) - Обобщение на срещаните в практиката на Одитния орган нарушения за ограничителни изисквания и насоки за избягването им, стр. 25, т. 4/. Приел е, че посоченото изискване е в противоречие с принципите на свободна и лоялна

конкуренция и препятства равнопоставеността на потенциалните кандидати. По този начин необосновано се ограничава кръга от потенциални кандидати, които разполагат със специалисти с необходимата експертиза и квалификация, но които не притежават сертификат, издаден от производителя на оборудването. Допуснатото нарушение е определено като такова на чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 изр. първо от ЗОП, с поставеното от възложителя ограничително условие, посочено в обявлението за поръчката и документацията за участие. С въвеждането на изискването за сервизен/и специалист/и, който да е преминал обучение при производителя на оборудването и да притежава сертификат за това е прието, че е нарушен и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, тъй като само чрез допустими от закона критерии за подбор може да се установи възможността на участниците да изпълнят поръчката. Счел е, че това съставлява нередност по чл.1 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, квалифицирано по т.11 от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от същата Наредба, тъй като нарушението има финансово отражение и то се свежда до необосновано ограничаване на конкуренцията в процедурата, способства за подаване на по-малко оферти от кандидати и така намалява възможността за избор на по-конкурентна оферта, с по-ниска стойност за изпълнение на поръчката. Финансовата корекция за това нарушение е определена по пропорционалния метод в размер на 10% от допустимите разходи по засегнатия договор на основание чл.72 ал.3 от ЗУСЕСИФ и чл.5 ал.1 от вече посочената Наредба, тъй като поради спецификата на нарушението не може да се определи точен размер на загуба на публични средства.

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 приложената по делото заповед № РД-16-785/17.05.2019г. на министъра на икономиката (л.93) -председателя (л.279), издалата оспореното решение С. К. – и.д. главен директор на ГД „ЕФК“ е определена за лице, което да изпълнява функциите на ръководител на УО по приоритетни оси 1,2,3 и 4 на ОПИК. С оглед на това съдът намира, че процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл.73, ал.2 от закона, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставен

двуседмичен срок за възражения. Бенефициерът е упражнил това си право, възраженията му са обсъдени от административния орган и част от тях – по втората от двете констатации за нарушения, възраженията са приети за основателни.

Съгласно чл. 59, ал.2, т.4 от АПК административният акт следва да съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В оспореното Решение органът е изложил фактическите основания, които в случая са констатациите от проверката. Тези констатации по същество не се оспорват от жалбоподателя. Предмет на спора по същество се явява обстоятелството, дали тези констатации могат да обосноват извод за наличие на нарушение, съставляващо основание за налагане на финансова корекция. Според административният орган, извършеното от бенефициера нарушение се изразява в заложеното изискване към участниците да разполагат със сервизен/и специалист/и, който да е преминал обучение при производителя на оборудването и да притежава сертификат за това. Това нарушение според ответника съставлява нередност по т.11 от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности – „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 същото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, буква „а“.

По отношение на нарушението, съдът споделя изводите на ръководителя на УО. Чрез заложеното от възложителя изискване към участниците необосновано се ограничава участието в процедурата на лица, които притежават документ за завършен курс или преминато обучение, при други структури и организации – обучени от производителя или предоставящи обучение за работа с лабораторно оборудване. В конкретния случай предмет на поръчката е доставка на оборудване и обзавеждане, а именно: лабораторни маси по 8 номенклатурни единици, монтаж, инсталация и въвеждане в експлоатация, обучение с продължителност минимум 3 дни за работа с доставеното оборудване и цялостна гаранционна поддръжка.

Съдът не споделя доводите в жалбата, че инсталиране и въвеждане в експлоатация на доставеното оборудване може да се извърши единствено от специалисти, обучени от производителя на оборудването. При положение, че за работа с оборудването е въведено изискване в поръчката за „обучение с продължителност минимум 3 дни на определени от възложителя лица за работа с оборудването“ очевидно е, че същото не е толкова изключително и специфично, че да изисква изпълнителя на поръчката по доставката му да е специалист, преминал обучение при производителя му и да притежава сертификат за това. Следователно, поставеното изискване за преминато обучение единствено при производителя на оборудването, но не и за преминато обучение при други обучаващи институции със съответен сертификат за същото оборудване, ограничават възможността за участие на потенциални изпълнители и доказателство за това е факта на подадени само две оферти за участие в процедурата. Правилен е изводът на УО, че бенефициерът е допуснал нарушение на чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 изр. първо от ЗОП, попадащо в обхвата на т.11 от Приложение № 1 към чл.2,ал.1 от Наредбата и съставляващо нередност, за която се предвижда финансова корекция. Предвид невъзможността да бъде точно определено финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, размера на финансовата корекция е правилно определен по пропорционалния метод. Размера, който е предвиден за този вид нередности в

Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата е 25%, с възможност за редуцирането му до 10 или 5 %. В случая финансовата корекция е определена в размер на 10 %, при съобразяването на наличието на известна конкуренция в процедурата, за която свидетелстват подадените две оферти. Съдът приема, че при определяне на размера на финансовата корекция, което е в дискреционната власт на административния орган, е спазен принципът на съразмерност.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на юрисконсултско възнаграждение следва да бъде отхвърлена, а тази на ответника – да бъде уважена в размер на 100 лева, на основание чл.25, ал.1 от Наредбата за заплащането на правната помощ вр. чл.37 от Закона за правната помощ във вр. с чл. 78, ал.8 ГПК.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 66-и състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма] против Решение № РД-16-372 от 12.05.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ и главен директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на икономиката, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция по договор за БФП № BG16RFOP002-1.003 фаза 2 на проект „Създаване на научно-технологичен парк“ с бенефициент жалбоподателя, представляваща 10% от размера на предоставената по договор за обществена поръчка № Д-1882019/BG16RFOP002-1.003-0001-C01-Su-027/06.11.2019г. с изпълнител [фирма] подкрепя със средства от ЕСИФ в размер на 4 085,24 лв. без ДДС или 4 902,29 лв. с ДДС, при обща стойност на договора 41 000 лв. без ДДС или 49 200 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА [фирма], ЕИК[ЕИК], да заплати на Администрацията на Министерство на икономиката юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

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

СЪДИЯ: