

РЕШЕНИЕ

№ 5986

гр. София, 30.10.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 46 състав,
в публично заседание на 07.07.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Желева

при участието на секретаря Станислава Данаилова, като разгледа дело номер **12216** по описа за **2019** 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/ във връзка с чл.145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по повод жалба от Централна лаборатория по приложна Физика – БАН, [населено място], представлявана от доц. д-р Л. К. - директор, срещу Решение № 0901-38/08.10.2019г. на Изпълнителния директор и Ръководител на УО – Изпълнителна Агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е наложена финансова корекция в размер на 5 на сто, съответстващ на 12 220,00 лева без ДДС или 14 664,00 лева с ДДС, върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по Договор № 1 от 18.03.2019г. с избран изпълнител [фирма] – [населено място] на стойност 244 400 лева без ДДС, или 293 280 лева с ДДС, по обществена поръчка с предмет „Проектиране, СМР и осъществяване на авторски контрол за ремонт и разширяване на Чиста стая в Централна лаборатория по приложна физика с обща квадратура 410 м²“.

Жалбоподателят счита, че решението е незаконосъобразно, като постановено при нарушение на административнопроцесуалните правила при издаването му, както и в противоречие с материалноправните разпоредби и в несъответствие с целта на закона. С жалбата се оспорват изцяло изводите, направени от Управляващият орган в процесното решение и се заявява, че са спазени всички законови изисквания. Счита се, че при провеждането на обществената поръчка не е извършено твърдяното от Управляващият орган нарушение, а именно: „Използване на дискриминационен

критерии за подбор, който не е дискриминационен по национален или местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите до участие с процедурата“. Сочи, че цитираното нарушение не е извършено от Централна лаборатория по приложна физика – БАН, нито от обективна и субективна страна, което да е основание за налагане на финансова корекция, съгласно чл.70, ал.1, т.9 и чл.9, ал.1 от ЗУСЕСИФ. Жалбоподателят оспорва изводите, че при определяне на по-висока стойност на застрахователна сума „професионална отговорност“, възложителят не е изложил мотиви. Сочи, че възложителят на поръчката е определил лимита на отговорността да е пропорционален на обема на поръчката, а така също и на нейната сложност.

В съдебно заседание жалбоподателят редовно призован се представлява от адв. Д., която поддържа жалбата и претендира разноски.

Ответникът, чрез процесуалния си представител оспорва жалбата като неоснователна и недоказана, по подробни съображения, изложени в писмен отговор по жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не се представлява в съдебно заседание, не изразява становище по жалбата.

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

Между Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Централна лаборатория по приложна Физика към БАН, [населено място] бил сключен Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ.

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициент по предоставената помощ е провел открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Проектиране, СМР и осъществяване на авторски контрол и разширяване на Чиста стая в централна лаборатория по приложна физика с обща квадратура 410 м²“.

Между Централна лаборатория по приложна Физика към БАН, [населено място] и [фирма] – [населено място] е сключен Договор №1 от 18.03.2019г. за обществена поръчка с предмет: „Проектиране, СМР и осъществяване на авторски контрол и разширяване на Чиста стая в централна лаборатория по приложна физика с обща квадратура 410 м²“ финансирана по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ по Процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.001 „Изграждане и развитие на центрове за върхови постижения“, Договор BG05M2OP001-1.001-0008 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“.

С оспорваният акт е констатирано следното нарушение: Използване на дискриминационен критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален, регионален или местен признак, но води до ограничаване на достъпа на кандидатите до участие в процедурата: по обществена поръчка с предмет „Проектиране, СМР и осъществяване на авторски контрол и разширяване на Чиста стая в централна лаборатория по приложна физика с обща квадратура 410 м²“.

В оспореното решение за определяне на финансова корекция е възприето, че в случая, възложителят на обществената поръчка с посочения предмет е поставил следното условие: „Участникът да има застраховка Професионална отговорност по чл.171, ал.1

от ЗУТ, с общ лимит на отговорността, съответстващ на обема на поръчката, в размер най-малко равен на прогнозната стойност на поръчката“, като прогнозната стойност на настоящата обществена поръчка е 277 775 лева без ДДС.

Според НО поставеното изискване за предоставяне на застраховка Професионална отговорност или еквивалентен документ с общ лимит на отговорност, който да е най-малко равен на прогнозната стойност, многократно надвишава минимално изискуемата застрахователна сума по НУРЗЗПС. Така постановеното изискване е ограничаващо по отношение на заложеното в нормативните актове (ЗУТ и НУРЗЗПС), тъй като за изпълнението на строежи от V-та категория, минимално регламентираната застрахователна сума е 35 000 лева за „проектант“ и 70 000 лева за „строител“.

Предвид изложеното УО е счел, че за допуснатото нарушение следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия Договор №1 от 18.03.2019г. с избран изпълнител [фирма] – [населено място] на стойност 244 400 лева без ДДС или 293 280 лева с ДДС, сключен в резултат на проведена процедура за избор на изпълнител с предмет „Проектиране, СМР и осъществяване на авторски контрол и разширяване на Чиста стая в централна лаборатория по приложна физика с обща квадратура 410 м²“.

На основание чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е дал възможност на бенефициента за възражение по основателността и размера на финансовата корекция с писмо с рег. № BG05M2OP001-1.001-0008-C03-M157/17.09.2019г. в системата ИСУН2020.

В законоустановения срок бенефициентът е представил своите възражения по констатираните нарушения и размера на предложената финансова корекция.

Възраженията са оценени като неоснователни

При изложената фактическа обстановка съдът формира следните правни изводи:

Жалбата е подадена в предвидения срок от надлежна страна, адресат на оспорения административен акт, поради което е процесуално допустима.

РАЗГЛЕДАНА ПО СЪЩЕСТВО Е НЕОСНОВАТЕЛНА.

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.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е Министерство на образованието и науката, който със Заповед № РД-12 - 251/30.10.2017 г., на основание чл.19, ал.4, т.4, чл.19а, ал.1 и чл.54, ал.5 от Закона за администрацията, във връзка с §7 от Постановление № 237 на Министерския съвет от 23.10.2017г. за създаване на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и за приемане на Устройствен правилник на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и чл. 3, ал.1 от Устройствения правилник е възложил на К. Г. да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното 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.

Съдът намира оспорвания акт за съответен на приложимите материалноправни разпоредби:

Според чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай, тя е започнала по инициатива на управляващия орган, и е налице допустим способ за инициране на административното производство. Жалбоподателят е уведомен писмено както за осъществения последващ контрол по законосъобразност на проведената обществена поръка, така и за установените в хода на тази проверка нарушения - описани са нарушенията, правната им квалификация по ЗОП, в коя хипотеза на Наредбата за посочване на нередности попадат нарушенията и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен. Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция ръководителят на УО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такъв срок е предоставен на жалбоподателя и той е упражнил правото си да направи възражение, което е обсъдено подробно в мотивите на решението и са изложени аргументи защо не е прието изцяло. За да се наложи финансова корекция по посочения текст на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ следва да е налице основание - нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от РЕГЛАМЕНТ (ЕС) № 1303/2013 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 17 декември 2013 година, според която това е 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. Чл.2, т.37 определя като „икономически оператор” всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят – Централна лаборатория по приложна Физика – БАН, [населено място] участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г.

Съгласно чл.70 ал.2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1 т.9 /сега т.10/ на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма

„Наука и образование за интелигентен растеж“ поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл.1, т.1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват: случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл.70, ал. 1, т.9 /сега т. 10 на ал.1/ от ЗУСЕСИФ. Съгласно чл.2. ал.1 от Наредбата за посочване на нередностите, Нередностите по чл.1, т.1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1/, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документацията за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

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 № 2988/95 чл. 4, решение от 26.05.2016 г. по съединени дела С-260/14 и С-261-14, решение С-158/08 СЕС, С-341/2013, С-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 напълно споделя изводите до които е достигнал и НО, че възложителят е изискал застраховка „Професионална отговорност“ на етап подаване на оферти, която многократно надхвърля минималната такава по закон (чл.5 от НУРЗЗПС), като по този начин, с тези си действия Възложителят не е изпълнил условието на чл.59, ал.2 изречение първо от ЗОП, а именно да се установи възможността им да изпълнят поръчката – строителство, обект V-та категория, и по този начин е ограничил възможността на потенциални кандидати или участници да подават оферти. Бенефициентът е заложил ограничителни критерии за подбор, които не са съобразени със сложността и обема на обществената поръчка.

Предвид изложеното, съдът намира, че залагането в обявлението и документацията на критерии за подбор, който ограничава кръга на потенциалните участници и не може да гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена е нарушение, което не е свързано с измеримост на финансово изражение.

Съдът счита, че липсата на възможност на потенциалните участници да декларират, че ако бъдат избрани за изпълнител ще представят необходимата застраховка и залагането на допълнително и наличие от участниците, подали оферта, само по себе

си ограничава потенциалните кандидати да подават оферти, тъй като изисква от тях извършване на допълнителни разходи, които не са свързани с изпълнението на обществената поръчка.

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и е в съответствие с целта му, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена. По разноските.

Предвид този изход на спора и своевременно направеното от процесуалния представител на ответника искане за разноски по правилата на чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ такива следва да се присъдят в размер на 150 лева.

С тези мотиви, съдът

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Централна лаборатория по приложна Физика – БАН, [населено място], представлявана от доц. д-р Л. К. - директор, срещу Решение № 0901-38/08.10.2019г. на Изпълнителния директор и Ръководител на УО – Изпълнителна Агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“.

ОСЪЖДА Централна лаборатория по приложна Физика – БАН, [населено място] да заплати на изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сума в размер на 150 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: