

РЕШЕНИЕ

№ 2000

гр. София, 13.04.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 05.03.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елица Райковска

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **13366** 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/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Медицински университет П. срещу решение № 80811-564/19.07.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г. Моли решението да бъде отменено. В жалбата до съда претендира разноски. Представя писмени бележки.

Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Представя подробни писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованите страни Институт по роботика и Медицински университет- В. „Проф. д-р П. С.“ не взимат становище.

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 /ДФФП/ по оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ (л. 23 от класъора). Бенефициенти по договора са жалбоподателят, който се явява и водеща организация, както и заинтересованите страни. Приложени са общи условия /л. 54 от делото/.

С решение от 28.01.2019 г. /л. 351 и сл. от класъора и л. 29 от делото/, публикувано в Регистъра на обществените поръчки /л. 80 и сл. от класъора/, е обявена въпросната

обществена поръчка /ОП/. Публикувано е и обявление в ОВ на ЕС /л. 356 и сл./.

Приложен е ЕЕДОП /л. 169 и сл. от класъора/.

Приложена е документацията за ОП /л. 88 и сл. от класъора и л. 48 от делото/, в която се съдържат и Условия за участие /л. 152 от класъора/, вкл. и за обособена позиция 3 /л. 156 от класъора/ ведно с Критерии за възлагане /л. 162 от класъора/. Изготвена е техническа спецификация за обособена позиция 3 /л. 103 от делото/.

Представено е Техническото предложение на Ф. Д. О. /л. 244 от класъора и л. 286 от делото/.

В протоколи от 07.03.2019 г., 28.03.2019 г. и 03.04.2019 г. /л. 325 и сл. от класъора/ са обобщени подадените оферти, извършено е оценяване и класиране на представените оферти от Комисия, назначена със заповед от 06.03.2019 г. /л. 393 от класъора/. С решение от 05.04.2019 г. /л. 3/ са обявени класираните на 1во място участници по трите обособени позиции.

Публикувано е обявление за възложена поръчка /л. 194 и сл. от класъора/.

Във връзка с проведената ОП ответникът е констатирал наличието на нарушение и е дал възможност на жалбоподателя за възражение /л. 18 от класъора/.

Въпреки изричните указания на съда с разпореждането за насрочване ответникът не е представил подаденото по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ възражение от бенефициента. Представено е друго такова, касаещо друг договор и ФК, респ. неотнормимо към настоящия спор. Видно от съдържанието на атакуваното решение, обаче, между страните не е спорно, че възражение е подадено, като същото е подробно обсъдено в атакуваното решение, но е прието за неоснователно.

На 19.07.2019 г. е издадено оспореното решение /л. 1 от класъора/, с което Ръководителят на Управляващия орган /УО/ на ОП НОИР 2014-2020 г. е определил финансова корекция /ФК/ в размер на 10 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 по обособена позиция № 3 договор от 23.04.2019 г. на стойност 721 700 лева без ДДС с изпълнител Ф. Д. О., сключен в резултат на проведена обществена поръчка /ОП/ с предмет „Доставка, изграждане, монтаж и пускане в експлоатация на специализирани системи и оборудване по обособени позиции по Проект BG05M2OP001-1.002-0010” с три обособени позиции. 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. 10 от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите.

Приложена е заповед от 30.10.2017 г., по силата на която К. Г. е назначен за изпълнителен директор на ИА ОП НОИР /л. 21 от делото/.

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.

Относно законосъобразността на атакувания акт:

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 2-седмичен срок.

Относно материално-правната законосъобразност на оспореното решение, в частност наличието на констатираното нарушение, съдът намира следното:

В акта от 19.07.2019 г. 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. 10 от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за нередностите. Същото се изразява в поставяне на изискване към двамата експерти за наличие на 10 години опит в съответната посочена област, за което изискване административният орган счита, че е завишено и не съответства на предмета и дейностите по поръчката. Същата би могла да бъде изпълнена от експерти с по-малък опит /така на стр. 9 и 10 от решението/. Прави паралел с разпоредбата на чл. 63, ал. 1, т.1 от ЗОП, съгл. която изискуемият опит на участника в ОП като цяло при доставки и услуги следва да е 3 години, поради което жалбоподателят нямал право да изисква по-голяма опитност на експертния състав.

Съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, в случай че изискването не се използва като показател за оценка на офертите.

П. 2, т. 41 от ДР на ЗОП регламентира, че "професионална компетентност" е наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения.

Настоящият съдебен състав, макар да намира изложените в атакуваното решение съображения за житейски правилни, счита, че същите не са обсъдени достатъчно подробно в контекста на спорната ОП по позиция 3.

В тази връзка на първо място следва да се отбележи, че административният орган е направил привръзка на опита на експертите с разпоредбата на чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, имаща отношение към опита на кандидата, което е неправилно, доколкото в чл.

63, ал. 1, т. 5 от ЗОП има конкретно регламентирана възможност за поставяне на изискване към професионалната компетентност на персонала. Тази компетентност е различна от опита на кандидата – участник в ОП, и между тях, в частност между заложените години опит на кандидата и тези на неговия персонал, не е налице тъждество, с оглед начина на формулиране на законовите разпоредби. А пар. 2, т. 41 от ДР на ЗОП дефинира професионалната компетентност именно на лицата, а не на кандидата. С оглед на изложеното, няма пречка, съобразно обема, характера и дейностите по ОП от кандидата да се изисква да разполага с персонал с определен брой години професионален опит, който да е различен от този на самия кандидат.

На следващо място, от мотивите на атакувания административен акт не може да се направи извод, дали административният орган счита, че жалбоподателят изобщо не е следвало да изисква професионален опит на експертите или същият е могъл да изисква такъв, но максимум 3 години. Ръководителят на УО не е изследвал конкретните дейности, предмет на ОП, от които да може да се направи извод дали изискването за 10 годишен професионален опит на експертите изобщо не е свързано с предмета на поръчката /респ. не е пропорционално/ по см. на т. 10 от Приложението към Наредбата за нередностите или се касае до наличието на неправомерни и/или дискриминационни критерии по т. 9 от Приложението към Наредбата, предвид направената в акта привръзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, касаеща свободна конкуренция.

Видно от документацията на ОП, съгл. посоченото в Техническата спецификация за обособена позиция 3 /л. 103 от делото/ целта му е да се изгради цялостен процес за научно-изследователски дейности, като същата следва да позволява визуален дистанционен достъп до записаните файлове, търсене по вградени във файловия формат метаданни, визуализация на вградените метаданни, възпроизвеждане и пр. Посочени са конкретните изисквания към отделните компоненти на хардуера. Налице е и конкретно изискване към комуникационната инфраструктура /л. 108 от делото/ и към електрозахранването – също предмет на изграждане. Т.е. макар да се касае за доставка на компоненти, както е посочено в обжалваното решение, същото следва да се монтира като част от цялостна система, която следва да се изгради и да функционира като едно цяло. Тази част от функционалността не е изследвана, респ. не е обсъден изискуемият от експертите опит в контекста на цялостното функциониране на системата, за да може реално да се прецени нейният обем, мащаб, сложност и стойност съгл. чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Последната, впрочем, не е малка – 721 700 лева без ДДС. Допълнително следва да се отбележи и, че възложителят изисква и гаранционен срок /л. 122/, т.е. допълнителна поддръжка, за която безспорно е необходим професионален опит.

Дали изискуемият професионален опит от 10 години е прекалено дълъг с оглед предмета на поръчката, но все пак е съответен и свързан с нея, в който случай нарушението би било такова по т. 9 от Приложението, или се касае за опит, който не е свързан с предмета на поръчката – т. 10 от Приложението към Наредбата, не става ясно от мотивите на акта. Действително завишените критерии за подбор могат да доведат и до нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП, но никъде в акта не е посочено защо органът счита, че с изискването за професионален опит се дава предимство или се ограничава участието на лица в процедурата. Формалното твърдение, че отговорностите на експертите могат да бъдат поети от лица с по-малък опит, без това да се отрази на качеството на изпълнение на дейностите, не отговаря на изискванията,

дадени в Насоките на ЕК, при обсъждане на заложените критерии за подбор Ръководителят на УО да докаже, че изискванията за минимални нива на капацитет не са свързани с предмета на договора, не са пропорционални и не гарантират равен достъп за участие в процедурата. Не е направен анализ на отговорностите на всеки експерт, а Ръководителят на УО ако счита, че същите не са в достатъчна степен формулирани, то това би било друго нарушение на бенефициера. Твърдението, че спорният критерий е ограничителен и непропорционален, не държи сметка за широкия обем от разнородни задължения на изпълнителя по договора за обществена поръчка, за точното и своевременното изпълнение на които отговарят именно експертите от екипа.

С оглед на изложеното жалбата се явява основателна, поради което атакуваното решение следва да бъде отменено.

При този изход на спора в тежест на ответника остават направените от него разноски за юрисконсултско възнаграждение. В жалбата е посочено, че се претендират разноски, но такива не са направени – държавна такса не се дължи, а жалбоподателят е представяван от адвокат, за който е представено пълномощно, но не и договор за правна защита и съдействие /л. 178/, поради което разноски не следва да му бъдат присъждани.

Водим от горното АССГ

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Медицински университет П. решение № 80811-564/19.07.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г., с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по сключения по обособена позиция № 3 договор от 23.04.2019 г. на стойност 721 700 лева без ДДС с изпълнител Ф. Д. О..

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

СЪДИЯ: