

РЕШЕНИЕ

№ 3595

гр. София, 03.06.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 29.04.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **13152** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.1 вр. чл.1, ал.2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на [фирма], с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], ет.2, представлявано от Т. М. – изпълнителен директор, срещу Решение № РД-16-1704/24.10.2019 г., издадено от С. К. – главен директор на Дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на Управителния орган на Оперативна програма „Иновации конкурентоспособност“ 2014-2020 г. (УО на ОПИК), с което на основание чл.9, ал.5, изр.2-ро, чл.73 вр. чл.70-72 от Закона за управление на средства от Европейските структури и инвестиционни фондове, чл.30, ал.1, т. 2 от Устройствения правилник на Министерство на икономиката, чл.61 АПК, т.1 от Решение №574 на Министерски съвет от 13.07.2016 г. за определяне на управляващ и сертифициращ орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, Заповед № РД 16-785/17.05.2019 г., изменена със Заповед №РД-16-1488/10.09.2019 г., чл.2, ал.2 ЗОП вр. т.11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентни показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, определя финансова корекция по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-1.003-0001-C2, с бенефициер

[фирма], в размер на 5% от предоставената безвъзмездна финансова помощ по сключения договор за обществена поръчка № Д-031-2019/BG16RFOP002-1.003-0001-C01-Su003 от 04.04.2019 г., с изпълнител [фирма], възлизаща на 14 474.00 лв. при обща стойност на договора 289 480.00 лв. без ДДС. Определеният процентен показател се прилага и за засегнати от нарушението разходи по договор за обществена поръчка № Д-031-2019/BG16RFOP002-1.003-0001-C01-Su003 от 04.04.2019 г.

В жалбата се излагат твърдения за незаконосъобразност на обжалвания административен акт, тъй като същият е издаден в несъответствие с административнопроизводствените правила, не е спазено условието за форма и съдържание, и е издаден в нарушение на материалноправните разпоредби и целта на закона – основания за отмяна по чл.146 АПК. В подкрепа на твърденията си, жалбоподателят излага следните доводи в четири раздела: В Раздел I “Нарушение на административнопроизводствените правила при издаване на акта за налагане на финансова корекция“, жалбоподателят развива следните хипотези: При издаване на акта, административният орган е допуснал нарушение на административнопроизводствените правила, тъй като не е спазил процедурата за налагане на финансова корекция, регламентирана в ЗУСЕСИФ. Според оспорвания, за да бъде наложена финансова корекция по реда на чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕСИФ, на първо място следва да се установи нередност, определянето на която съдържа няколко компонента: нередността следва да представлява действие или бездействие от страна на бенефициера, водещо до тежко нарушение на правилата за определяне на изпълнител, което има или би имало за последици нанасянето на вреда на средствата от ЕСИФ, акцентирайки, че вредата е необходимо условие при определяне съществуването на нередност, съобразно текста на разпоредбата в редакцията на ЗУСЕСИФ /ДВ бр. 85/2017 г./, тъй като за установяването на нередност, законът поставя условие за резултативност на деянието. Жалбоподателят също така счита, че административният орган не е доказал, нито е мотивирал заключението си, че от въведеното от възложителя изискване по отношение на техническите и професионални способности на участниците, а именно: „Участниците да имат на разположение най-малко 1 (един) сервизен инженер или друг специалист с професионална компетентност преминал обучение при производителя на апаратурата“, следва необосновано стесняване на кръга от потенциални участници в нарушение на чл.2, ал.2 ЗОП. Изложената в мотивите на административния акт констатация, че „ В случая е налице потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената финансова помощ със средствата на ЕСИФ, тъй като може да се направи обоснован извод, че при липсата на посочения ограничителен критерий за подбор, биха подали оферти повече икономически оператори с по-благоприятни за възложителя технически и ценови предложения“, жалбоподателят счита за необоснована, тъй като органът не е констатирал резултативност. На следващо място, в жалбата се излагат доводи, че не е спазена процедурата за събиране на доказателства и за изясняване на фактите и обстоятелствата при издаване на обжалвания акт. Не е доказано посоченото от органа нарушение на европейското или националното право, което да води или би могло да доведе до необосновано разходване на бюджетния ресурс. Липсата на тази предпоставка за определяне на действията на бенефициера по смисъла на Регламент (ЕС) №1303/2013 г., води до липса на основание за налагане на финансова корекция. В Раздел II „Липса на задължителни реквизити, опорочаващи

формата на административния акт – нарушение на чл.59 АПК и чл.73, ал.1 ЗУСЕСИФ“ се излагат следните твърдения: При издаване на акта, административният орган не е спазил разпоредбите на чл.59, ал.2, т.4 АПК и чл.73, ал.1 ЗУСЕСИФ, тъй като обжалваният акт не е мотивиран от фактическа и правна страна, което е самостоятелно основание за неговата отмяна, липсват фактически и правни основания по отношение на основата, върху която е изчислен размерът на финансовата корекция. В тази връзка е накърнено правото на защита на жалбоподателя, тъй като не се установява сума, съставляваща основа, върху която да се отделят 5%, съобразно пропорционалния метод за определяне на финансова корекция. От формулировката в диспозитива на решението „се налага финансова корекция на бенефициера в размер на 5% от предоставената безвъзмездна финансова помощ, възлизаща на 14421.89 лв. при обща стойност на договора от 289 480.00 с ДДС, реално не се установява сума, от която да се отделят 5%. Според обжалвания, за да бъде законосъобразно издаден актът, то следва основата върху която ще се наложи финансова корекция да е ясно определена, което не е така в настоящия случай. Допуснатият порок на акта е и основание за пълната му отмяна, съобразно Решение № 5215/26.04.2017 г. на ВАС по адм. дело № 12831/2016 г.

В Раздел III от жалбата „Нарушение на материалния закон при издаване на акта за налагане на финансова корекция“, жалбоподателят излага следните твърдения: Изложените доводи от административния орган за ограничително условие, явяващо се нарушение по чл.2, ал.2 ЗОП, не отговаря на конкретиката на настоящия случай. Съгласно текста на горесцитираната разпоредба „При възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка“, за нарушение може да се счита ограничаване, което е необосновано. В процесния случай, обявеното изискване от възложителя е обосновано, както от предмета и сложността на обществената поръчка, така и от конкретните потребности на възложителя и резултата, който цели да постигне, поради което мотивите на акта, в тази част, са в противоречие с материалните разпоредби и с целта на закона. В Раздел IV „Несъответствие с целта на закона при налагане на финансова корекция“, жалбоподателят излага твърдения, че целта за налагане на финансова корекция е да се постигне или възстанови ситуация, при която всички разходи на бенефициента, сертифицирани пред ЕК, да са в съответствие с приложимото право на ЕС и на българското законодателство (чл.71 ЗУСЕСИФ). В конкретният случай, обаче актът за налагане на финансова корекция не е насочен за възстановяване на неправомерно усвоен бюджет, тъй като не е отразен принципът на пропорционалност при определяне на размера на корекцията, съобразно реално установените финансови последици от твърдяното нарушение, а напротив, в актът не е посочена основата, върху която е изчислен размерът на определената финансова корекция, с което неправомерно е наложена финансова тежест на бенефициера. В контекста изложеното, жалбоподателят моли съда да отмени в цялост незаконно издаденото решение.

В съдебно заседание жалбоподателят [фирма] – редовно уведомен, представляван от юрк. Г., поддържа жалбата. Счита, че допуснатата съдебно-счетоводна експертиза потвърждава изложените мотиви на жалбоподателя по отношение на изискванията му

към участниците. Претендира юриконсултско възнаграждение.

Ответникът Главният директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на УО на ОПИК – редовно уведомен, не изпраща представител. Депозирал е становище по съществуващото на спора на имейла на съда. Претендира юриконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе, съобрази следното от фактическа страна:

С жалбата се оспорва Решение № РД-16-1704/24.10.2019 г., издадено от С. К. – главен директор на Дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на Управителния орган на Оперативна програма „Иновации конкурентоспособност“ 2014-2020 г. (УО на ОПИК).

Между страните не се спори, че жалбоподателят [фирма] е страна по договор за безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-1.003 и Министерство на икономиката, в чиято структура е Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“, определена за Управляващ орган на Оперативна програма „Иновации конкурентоспособност“ 2014-2020 г. (УО на ОПИК), съобразно който договарящият орган, в лицето на Дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“, предоставя на [фирма] финансиране под формата на безвъзмездна финансова помощ за изпълнение на проект № BG16RFOP002-1.003 „Създаване на научно-технологичен парк – Фаза 2“ в размер на 12 273 362.81 /дванадесет милиона двеста седемдесет и три хиляди триста шестдесет и два лева и осемдесет и една стотинки/, представляваща 99.64% от общите допустими разходи по проекта.

Във връзка със сключения договор, бенефициерът е провел обществена поръчка чрез събиране на оферти с обява по смисъла на чл.20, ал.3, т.2 ЗОП, с предмет: „Доставка на Апаратура за бърза центрофугална разделителна хроматография за нуждите на лаборатория „Екстракции на природни продукти и синтез на биоактивни съединения“, част от биофармацевтичен лабораторен комплекс, по проект „Научно-технологичен парк“ – фаза 2“. По поръчката са постъпили две оферти, от която е избран изпълнител [фирма], с който е сключен Договор № Д-031-2019/BG16RFOP002-1.003-0001-C01-SU-003/04.04.2019 г.

В резултата на извършена проверка за законосъобразност на откритата процедура по ЗОП, с предмет: „Доставка на Апаратура за бърза центрофугална разделителна хроматография за нуждите на лаборатория „Екстракции на природни продукти и синтез на биоактивни съединения“, част от биофармацевтичен лабораторен комплекс, по проект „Научно-технологичен парк“ – фаза 2“, и сключения в резултата на нея договор за обществена поръчка с [фирма], на стойност 289 480.00 /двеста осемдесет и девет хиляди четиристотин и осемдесет/ лева без ДДС, Управляващият орган установява нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действия или бездействия от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата на от европейските структурни и инвестиционни фондове, по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕСИФ, изразяващо се в следното: В раздел III.1.3 от обявлението и в раздел IV „Условия за участие, изисквания към участниците, относно личното им състояние,

основания за отстраняване, критерии за подбор“, т.4.3.3.2 от документацията за участие в обществената поръчка, възложителят е въвел следното минимално изискване по отношение на техническите и професионални способности на участниците: „Участниците в процедурата да имат на разположение най-малко 1(един) сервизен инженер или друг специалист с професионална компетентност, преминал обучение при производителя на апаратурата, предложена за изпълнение на поръчката. Минималното изискване се доказва със списък , съдържащ: имената на специалиста с професионална компетентност/ инженер, който ще отговаря за изпълнението на поръчката, професионалната компетентност на лицето/лицата, данни за документа за придобита професионална компетентност (учебно заведение или организация), както и данни за притежаваните сертификати за преминалото обучение (вид, дата на издаване, лицето/организацията, която издава сертификати, срок на валидност, обхват и др.).

УО е извел извод, че така залегналият критерий към участниците да са преминали обучение при производителя на апаратурата, предложена за изпълнение на поръчката е ограничително изискване, поради разубеждаващия си ефект спрямо потенциалните участници да подадат оферти по проекта, което се явява потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената безвъзмездна финансова помощ със средствата на ЕСИФ, тъй като може да се направи потенциален извод, че при липсата на посочения ограничителен критерий за подбор, биха подали оферти повече икономически оператори с по-благоприятни за възложителя технически и ценови предложения.

С писмо №26-С108 от 18.09.2019 г., УО е уведомил бенефициера за установените обстоятелства, които пораждат съмнение за нарушение, за което предстои да бъде наложена финансова корекция, както и за правото му да възрази и при необходимост да приложи доказателства. С писмо, с изх. № 546/12.10.2019 г., бенефициерът е представил писмено възражение, с което твърди, че не е налице констатираното нарушение и претендира за неналагане на финансова корекция. С решението за констатираната нередност по т.11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл.2 от Наредбата за посочване на нередности, за което е предвидена финансова корекция – „случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но не е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“, е наложена финансова корекция в размер на 5% или 14 421.89 от предоставената безвъзмездна финансова помощ в размер на 289 480.00 лв. с ДДС по сключения Договор № Д-031-2019/ BG16RFOP002-1.003-0001-C01-SU-003/04.04.2019 г., с изпълнител [фирма], за обществена поръчка в резултат на проведената процедура.

При така установената фактическа обстановка, се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол (съобразно чл. 73 ал.4 от ЗУСЕСИФ), поради което същата е процесуално допустима.

По съществуването на спора:

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

По отношение на компетентността на органа издал акта, спазването на установената форма и на административнопроизводствените правила:

Съобразно нормата на чл.73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ „Финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.“ В настоящия случай, оспореният акт е подписан от С. К. – главен директор на Дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на Управителния орган на Оперативна програма „Иновации конкурентоспособност“ 2014-2020 г. (УО на ОПИК), поради което обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган.

На следващо място административният акт, предмет на настоящото производство, е издаден в предвидената от законодателя писмена форма, с конкретно изложени в него фактически и правни основания, като е съобразен с изискванията за съдържание по чл. 59, ал. 2 от АПК, поради което не са налице основанията по чл. 146, т. 2 от АПК.

Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансова корекция е осигурена възможност на бенефициера да представи в разумен срок възражения.

При извършената служебна проверка, настоящият състав не констатира нарушение на административнопроизводствените правила в хода на производството по издаване на оспорения административен акт, но констатира, че в диспозитива на обжалваното решение е допусната техническа грешка на две места: при изписване на общата стойност на договора, а именно сумата от 289 480.00 с ДДС, следва да се чете 289 480.00 без ДДС, тъй като административният орган правилно е отбелязал, че сумата е без ДДС в преамбюла на решението си, което се потвърждава и от останалите събрани по делото доказателства, поради което, настоящият състав счита, че се касае за техническа грешка, чието наличие не променя съществено съдържанието на акта. На следващо място, в диспозитива на решението е отбелязана сума като процентна стойност, след изчислението на наложената финансова корекция от 5%, която има неточности, които съдът прецизира с настоящия си съдебен акт, след като прецени, че стойността на разликата между грешно посочената и вярната сума е незначителна и не би довела до непоправими вреди за бенефициера, налагащи пълна отмяна на административния акт. Така мотивиран съдът, въвежда следната корекция, а именно: сумата 14 421.89 /четиринадесет хиляди четиристотин двадесет и един лева и осемдесет стотинки/ да се чете 14 474.00 /четиринадесет хиляди четиристотин седемдесет и четири/ лева.

Страните нямат спор по фактите, които следва да се считат безспорно установени.

Относно материалната законосъобразност на акта, съдът прави следните правни изводи:

Основанията за налагане на финансова корекция са установени в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми.

Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически

оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице – [фирма] има качеството на икономически оператор, тъй като участва в изпълнението на помощта от Европейския фонд за регионално развитие. В качеството си на икономически субект, водещ партньор - бенефициер по договора за предоставяне на национално финансиране по програмата „Иновации конкурентоспособност“ 2014-2020 г. за сътрудничество, [фирма] е осъществила определени действия по провеждане на обществена поръчка чрез събиране на оферти с обява по смисъл на чл. 20, ал. 32 т.2 от ЗОП с предмет „Доставка на Апаратура за бърза центрофугална разделителна хроматография за нуждите на лаборатория „Екстракции на природни продукти и синтез на биоактивни съединения“, част от биофармацевтичен лабораторен комплекс, по проект „Научно-технологичен парк“ – фаза 2“.

Спорът по делото е, налице ли са вторият и третият елемент на определението, за да се приеме, че определената финансова корекция е законосъобразна по основание.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средства на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно, българският законодател е приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ основания, води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане.

В съответствие с чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет.

На основание чл. 70, ал. 2 във връзка с чл. 72, ал. 4 и § 5, т. 4 от ДР на ЗУСЕСИФ, чл. 7а от Закона за нормативните актове, с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28.03.2017 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, обнародвана в ДВ бр. 27/31.03.2017 г. (Наредбата).

С административния акт в обжалваната му част, е определена ФК за нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Нарушенията са определени като нередност по т. 11 "Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или техническите спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Посочено е от фактическа страна, че в документацията за обществената поръчка, в раздел IV „Условия за участие, изисквания към участниците, относно личното им състояние, основания за отстраняване, критерии за

подбор“, т.4.3.3.2 от документацията за участие в обществената поръчка, възложителят е въвел следното минимално изискване по отношение на техническите и професионални способности на участниците: „Участниците в процедурата да имат на разположение най-малко 1(един) сервизен инженер или друг специалист с професионална компетентност, преминал обучение при производителя на апаратурата, предложена за изпълнение на поръчката. Минималното изискване се доказва със списък , съдържащ: имената на специалиста с професионална компетентност/ инженер, който ще отговаря за изпълнението на поръчката, професионалната компетентност на лицето/лицата, данни за документа за придобита професионална компетентност (учебно заведение или организация), както и данни за притежаваните сертификати за преминалото обучение (вид, дата на издаване, лицето/организацията, която издава сертификати, срок на валидност, обхват и др.).

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция.

В конкретния случай поставянето като изискване към участниците да са преминали обучение при производителя на апаратурата, предложена за изпълнение на поръчката е в нарушение на императивната норма на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Така формулираното изискване е ограничително и оказващо възпиращ ефект върху потенциалните участници. Следователно, налице е нарушение, което ограничава конкуренцията.

Само по себе си изискването за участие в сходни дейности/услуги по управление на проекти, финансирани по програми за трансгранично сътрудничество или други международни проекти не доказват качеството на изпълнението от потенциалния изпълнител, нито обема на поръчката, нито нейната сложност, които имат отношение към потенциала на изпълнителя. Както се посочи по-горе съгласно чл. 63, ал. 1 ЗОП във връзка с нормата на чл. 59, ал. 2 ЗОП възложителят може да използва 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. Т.е. критериите за подбор, които възложителят може да залага са само от заложените такива в ЗОП и то само тези от тях, които са необходими, за да се изпълни конкретната поръчка и са свързани с нейния предмет, обем и прочие. Разпоредбата на чл. 63 ЗОП посочва кои са критериите за подбор, които възложителите могат да залагат, когато

установяват технически и професионални способности на участниците.

С оглед на гореизложеното, съдът приема за правилен извода на Ръководителя на УО, че с поставените изисквания относно източникът на финансиране на поръчката не допринасят да се установят нейни технически и функционални характеристики, размера и сложността на същата. Ето защо залагането му като критерий за подбор е незаконосъобразно ограничително съобразно разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

В заключението на допуснатата съдебно-счетоводна експертиза, вещото лице отбелязва, че в България няма друга доставена апаратура за бърза центрофугална разпределителна хроматография, освен тази – предмет на настоящото производство, доставена на [фирма], обслужването и сервиза на същата могат да се извършат само от добре обучено техническо лице, преминало обучение при производителя, тъй като цялата апаратура се предоставя от производителя в кашони, в които са разположени отделни модулни системи, изискващи монтиране при строго специфични изисквания, които могат да се извършат единствено от добре обучен специалист с детайлни познания на компонентите на Бързия центрофугален разделителен хроматограф. Ето защо, заключението е, че специфичното положение на работа с апаратурата, предполага наемането на обучен специалист, преминал обучение при производителя.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП, обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция. Действително изискванията към участниците в процедурата се определят от възложителя в рамките на неговата оперативна самостоятелност и при съобразяване с цялостната фактическа обстановка по конкретната поръчка. Но оперативната самостоятелност не означава да се дерогират законовите изисквания, в случая на принципите залегнали в чл. 2 от ЗОП. Оперативната самостоятелност е възможността на органа да избира измежду няколко възможни решения, всяко от които е в еднаква степен законосъобразно, но в различна степен целесъобразно.

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.

В случая, в противоречие с чл. 2, ал. 2 ЗОП от възложителя са въведени ограничаващи критерии. Законът принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната е само, ако те необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка. Ето защо, възложителят би могъл да постави условие, съобразено със спецификата на апаратурата, но не като конкретно изискване към експертите на участниците за преминало обучение точно при производителя, а като изискване за необходима

подготовка по отношение на уменията им, с която те би следвало да се съобразят при формирането на екип от специалисти, независимо дали обучението е преминало при конкретния производител, стига придобитите умения да съответстват на спецификата на продукта, защото така поставено условието към участниците, безспорно ограничава кръга от потенциални стопански субекти, които биха могли да предоставят по-благоприятни технически и финансови условия на възложителя, което естествено би било в интерес на бюджета на ЕСИФ.

В процесния случай, предвид спецификата на установените нарушения, не е възможно да се определи точен размер на загубата на публични средства. Няма как да се установи колко други кандидата биха участвали в обществената поръчка и какви условия биха оферирали, за да се определи разликата между употребените средства при и без нарушенията. В случаи като настоящия, когато количественото изражение на финансовите последици е невъзможно да бъде конкретно определено, законодателят е допуснал да бъде определен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. - чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ. Издателят на акта е изложил мотиви, защо е пристъпил към приложение на пропорционалния метод. Съгласно чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението, е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В случая при спазване на това правило от страна на УО е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на разходите по засегнатия от нарушението договор.

Извършените нарушения разгледани в процесното решение попадат в легалната дефиниция на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. и се субсумира съобразно чл. 70, ал. 2 вр. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във фактическия състав на т. 11, б. „а“ от приложението към чл. 2 от Наредбата за нередностите, които възпрепятстват от участие потенциални кандидати. В настоящия случай финансовата корекция е в минимално предвидения от Наредбата размер - 5 % от допустимите разходи по договорите, поради което не са налице предпоставки за ревизиране на така определения процент. Освен това в решението са изложени подробни съображения относно определения размер на финансовата корекция, който е и минимален (в този смисъл Решение № 13280 от 3.11.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9076/2017 г., Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г.).

Неоснователни са доводите на жалбоподателя, че в процесното решение не е изследвана възможността за нанасяне на вреда на средствата на ЕСИФ. Нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на доказана реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, (36) Регламент № 1303/2013 е трайно установено и в практиката на

Съда на Европейския съюз.

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 5 %, 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.

/В горния смисъл е и практиката на ВАС – Решение № 6468/28.05.2021г. по адм. дело № 2653/2021г., с което е оставено в сила Решение №7293 от 15.12.2020 г. на АССГ, постановено по административно дело №4843/2020 г./

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената от закона 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.

Ответникът претендира разноски по делото, поради което и жалбоподателят следва да му заплати сумата от 100 лева, на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК вр. чл. 37 от ЗПП вр. чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ и с оглед правната и фактическа сложност на делото.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 60-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма], с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], ет.2, представлявано от Т. М. – изпълнителен директор, срещу Решение № РД-16-1704/24.10.2019 г., издадено от С. К. – главен директор на Дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ и ръководител на Управителния орган на Оперативна програма „Иновации конкурентоспособност“ 2014-2020 г.

ОСЪЖДА [фирма], с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], ет.2, представлявано от Т. М. – изпълнителен директор да заплати на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“, разноски по делото в размер на 100 (сто) лева.

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

СЪДИЯ: