

РЕШЕНИЕ

№ 4327

гр. София, 27.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 27.04.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Елица Тодорова, като разгледа дело номер **187** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) вр. с чл. 145 - 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба вх. № 632/10.01.2022 г., по описа на Административен съд София град, подадена от Национален център по заразни и паразитни болести (НЦЗПБ), ЕИК 00662721, адрес: [населено място], [улица], представляван от проф. доктор И. Х., директор, срещу Решение № 16-50/13.12.2021 г., издадено от изпълнителния директор на изпълнителна агенция Програма за обарзование“ и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което, на основание чл. 73, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕСИФ, Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., обн. ДВ, бр.27 от 2017 г., изм. и доп. ДВ, бр.68 от 2017 г., бр.67 от 2019 г. и бр.19 от 2020 г., чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл.14, ал.2 и ал.3 от Наредба за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г. са определени:

Финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената финансова подкрепа

от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договори:

ОП 1 Договор № 304/07.09.2021 г. с изпълнител А. Е. на стойност 1 668 000, 00 лв. без ДДС и 2 001 600,00 лв. с ДДС

ОП 2 Договор № 71/16.02.2021 г. с изпълнител И. Е. на стойност 99 000, 00 лв. без ДДС и 118 800,00 лв. с ДДС

ОП 4 Договор № 65/12.02.2021 г. с изпълнител РСР Е. на стойност 162 400, 00 лв. без ДДС и 194 880,00 лв. с ДДС, сключени в резултат от проведена от НЦЗПБ обществена поръчка с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала, гаранционно обслужване и поддръжка на пипети, микроскопи и ултрамикротом по проект “Фундаментални, транслиращи клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“ - Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“ BG 05 M2 OP 001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ - пет обособени позиции.

Финансова корекция в размер на 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване), определена и по договор по ОП 5 Договор № 60/11.02.2021 г. с изпълнител ФОТ О. на стойност 4 950, 00 лв. без ДДС и 5 940,00 лв. с ДДС, сключен в резултат от проведена от НЦЗПБ обществена поръчка, посочена по-горе.

Стойността на финансовата корекция е в размер на 579 414,00 лева с ДДС.

Жалбоподателят поддържа, че обжалваното решение е неправилно, незаконосъобразно и необосновано. Сочи, че не е налице нарушение, респективно липсва финансово отражение, поради което не следва да се налага финансова корекция. Конкретно излага твърдения, че като правни документи оторизационните писма създават допълнителна гаранция относно произхода и качеството на предлаганото от съответния доставчик оборудване. Създават и допълнителна гаранция, че въз основа на осъществения контрол на качеството на всеки етап на производството на оригиналните продукти са постигнати високо качество и безпроблемна работа на предлаганото оборудване. Твърди, че с представянето на оторизационно писмо участникът доказва, че е партньор на производителя или негов оторизиран представител и ще доставя оригинални продукти, които са нови, неупотребявани и произведени от посочения производител. В този смисъл застъпва тезата, че оторизационното писмо е гаранция за правото на участника да предлага/продава/сервизира предлаганото от него оборудване, произведено от конкретен производител. На следващо място изразява становище, че възложителят никъде не е указал, че оторизацията, била тя от производителя или от негов представител, следва да е изрично или само за България. Обръща внимание, че общата оторизация позволява да се извършва търговска дейност с ангажимент за поддръжка (гаранционно и извънгаранционно обслужване), без оглед на държавна или друга географска територия, т.е съвсем логичен е изводът, че общата оторизация включва и България, макар и да не е изрично упоменато. Т.е. в случай, когато участник, притежава обща оторизация - право да предлага съответната стока например в цяла Европа, в Източна Европа или на Б., същият може без каквато и да е пречка да участва в процедурата. В допълнение релевира доводи, че в случая следва да се има предвид и срокът за действие, в който при евентуален проблем това би могло да се случи.

Поддържа, че възложителят няма как да предвиди всички възможни сценарии, но съвсем логично е, че ако участникът е ситуиран на територията на България би могъл да реагира много по-бързо, отколкото ако е ситуиран в друга държава. В този смисъл счита, че оторизацията за продажба не е просто възможност да се продава дадена стока на определен пазар, тя е свързана и с поемането на отговорност от страна на производителя или негов представител за обучаване на квалифицирани специалисти и за надлежно и качествено сервизиране. Оспорва и наложената финансова корекция по основание и размер, като развива аргументи, че не е налице нито един от елементите за установяване на нередност, по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 10 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, предвидени в общественото право, тоест не е налице годно правно и фактическо основание за образуване на санкционното производство по реда на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Твърди, че в случая липсата на елементите от фактическия състав на „нередността“, обективира извод за липса на основание за налагане на финансова корекция. Изразява искане оспореното решение да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателят Национален център по заразни и паразитни болести, чрез процесуалния си представител поддържа жалбата, както и твърденията си относно незаконосъобразността на оспорения акт. Претендира разности.

Ответникът - Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (Наименованието на изпълнителна агенция „Наука и образование за интелигентен растеж“ е променено на изпълнителна агенция „Програма за образование“ –ДВ, бр.67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г.), и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуалния си представител /държавен експерт с юридическо образование/, оспорва жалбата, като неоснователна по подробни доводи изложени в отговора на жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София-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:

По делото не се спори, че от Национален център по заразни и паразитни болести, в качеството му на възложител, е проведена открита процедура съгласно чл. 20, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), с предмет: „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала, гаранционно обслужване и поддръжка на пипети, микроскопи и ултрамикротом по проект „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология” - Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020г.” BG 05 M2 OP 001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ - пет обособени позиции“, в резултат на която са сключени следните договори:

- ОП 1: Договор № 304/07.09.2021 г. с изпълнител А. Е. на стойност 1 668 000,00 лева без ДДС;
- ОП 3: Договор № 71/16.02.2021 г. с изпълнител И. Е. на стойност 99 000,00 лева без ДДС;
- ОП 4: Договор № 65/12.02.2021 г. с изпълнител РСР Е. на стойност 162 400,00 лева без ДДС;

- ОП 5: Договор № 60/11.02.2021 г. с изпълнител ФОТ О. на стойност 4 950,00 лева без ДДС.

Безспорно е и, че същите са представени с искане за плащане с подаден пакет отчетни документи № 8 от 30.08.2021 г. в ИСУН 2020.

От УО е извършена проверка на възложената обществена поръчка и сключените договори, при която е констатирано използване на условие за изпълнение на поръчката, което е дискриминационно на базата на необосновани национални изисквания, а именно:

В т. 3.6 от Раздел II „Изисквания за изпълнение на поръчката - част от документацията за участие, възложителят е поставил допълнителни изисквания към участниците, които е определил като „изисквания към доставката“: „3.6. Участникът да е оторизиран представител на производителя на предлаганата апаратура или от негов представител с правото да предлага стоките на съответния производител на територията на Република България.“. Това изискване е определено като ограничително на база необосновани национални изисквания, поради което са възпрепятствани да вземат участие в процедурата участници, които не са оторизирани изрично за територията на Република България, с правото да предлагат стоките на съответния производител по съответната обособена позиция на поръчката.

На следващо място от УО е констатирано, че оторизационното писмо /пълномощно/ следва да е неразделна част от техническото предложение на всеки участник. Този извод е направен от даденото указание относно съдържанието на Техническото предложение в т. 2.5 от раздел V. Изисквания към документите за участие в процедурата. Съдържание на офертата за участие, т. „2.5. Техническо предложение на участника, изготвено по образец - Приложение № 2 от настоящата документация, за обособената позиция, за която се подава оферта, и в съответствие с техническите спецификации и изисквания на възложителя в Приложения № 1.“ и поставеното изискване в т. 14 от образец - Приложение № 2 за техническо предложение към участникът да декларира и приложи „14. Декларираме, че съм оторизиран представител на производителя на предлаганата апаратура и съпътстващо оборудване или от негов представител с правото да предлага стоките на съответния производител на територията на Република България (вярното се подчертава) и прилагам оторизационното писмо като приложение към техническото предложение.

Установеното по отношение на изискването, поставено като условие за изпълнение по обособените позиции № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката, е квалифицирано от УО като нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Този извод е мотивиран с аргумента, че цитираното изискване ограничава достъпа на потенциални участници до обособените позиции на конкретната процедура, тъй като дава необосновано предимство на потенциални участници, оторизирани изрично с правото да предлагат стоките на съответния производител на територията на Република България по съответната обособена позиция на поръчката, съответно необосновано ограничава участието на стопански субекти в поръчката, които не разполагат с такава изрична оторизация, което го отличава и със своя дискриминационен характер /нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП/. В резултат описаното изискване е поставено и в нарушение на принципите на равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция, чието задължително спазване се изисква от разпоредбата на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. УО е приел, че в случая чуждестранни участници, които не са оторизирани от чуждестранни

производители на съответния продукт (търсената от възложителя апаратура) или от техни представители за територията на Република България, а имат обща оторизация за продажба на продукта, не биха могли да вземат участие в процедурата. Направен е извод, че по този начин необосновано се ограничава кръгът от потенциални участници, които разполагат с обща оторизация и се дава необосновано предимство на участниците с изрична оторизация за територията на Република България.

Направено е заключение, че възложителят е използвал условие за изпълнение на поръчката, което включва необосновано национално изискване, което е дискриминационно по национален признак и води до възпрепятстване на стопанските субекти да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка

На основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е обективирал горните констатации в писмо изх. № 16-50/12.11.2021 г. за стартиране на производството по определяне на финансови корекции, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. № В.-1.002- 0001-С04-М205 от 12.11.2021 г.

В писмото е посочено още, че в случая е налице финансово отражение, тъй като по договорите по обособени позиции № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката се разходват средства при порочно проведена процедура (разходи по процедурата са отчетени пред УО с подаден пакет отчетни документи № 8/30.08.2021 г. в ИСУН 2020), за което законодателят - и европейският (в чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013), и националният (в чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ), са предвидили, че за тези категории нарушения, които имат или би могло да имат за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, се определят финансови корекции, без да е необходимо да са настъпили вредите. Изложени са мотиви, че финансовият ефект от разглежданото нарушение се изразява в ограничаване на възможността по-широк кръг заинтересовани лица да участват в проведената обществена поръчка, т.е. нарушението води до стесняване на кръга от потенциални участници, респективно до създаване на условия за неефективно разходване на европейски средства. В писмото е развита и теза, че чрез разубеждаващия си ефект нарушението обективно е ограничило участието на потенциално заинтересовани лица в процедурата, които не разполагат с изрична оторизация за територията на Република България, а с обща такава за извършване на дейности, попадащи в обхвата на предмета на съответната обособена позиция на поръчката, но могат да изпълнят предмета на поръчката, поради което нарушението има негативно финансово отражение върху бюджета на Съюза. Направено е уточнение, че няма изискване да се докаже наличието на точно финансово отражение. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали е имало по-малко кандидати поради допуснатото ограничително изискване, тъй като самото създаване на предпоставки за подаване на по-малко оферти се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията, респ. налице е разходване на средства при неспазване на принципите за свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. Направено е заключение, че в разглеждания случай е достатъчно да съществува вероятност от увреждане на бюджета на Съюза, за да е налице финансово отражение на нарушението върху бюджета на Съюза.

В писмото е посочено още, че в случая, като резултат от извършеното от бенефициента нарушение по обособени позиции № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката са налице в кумулация и трите елемента на понятието за „нередност“, установени в легалната дефиниция съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, а

именно:

- налице е нарушение на националното законодателство по обществените поръчки - нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП;

- нарушението произтича от действие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове - Национален център по заразни и паразитни болести, в качеството му на възложител по разглежданата обществена поръчката е одобрил документацията за поръчка, съдържаща коментарираното по-горе неправомерно условие за изпълнение на поръчката по обособени позиции № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката;

- нарушението би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респ. чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза - в конкретния случай Национален център по заразни и паразитни болести, в качеството на бенефициент по административния договор за предоставяне на БФП, с пакет отчетни документи № 8/30.08.2021 г. в ИСУН 2020, е отчетел пред Управляващия орган разходи по засегнатите договори с изпълнители, сключени в изпълнение на обособени позиции № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката, като същите разходи не са верифицирани, платени и сертифицирани, т.е. нарушението е установено преди верифициране и плащане на разходи по засегнатите договори. Направено е пояснение, че ако нарушението не е било установено и всички поискани разходи по договорите с изпълнителите по ОП № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката са били верифицирани и платени на бенефициента, нарушението би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

В писмото е изложено още, че по конкретната процедура, предвид естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като утвърждаването на незаконосъобразно условие за изпълнение на поръчката би могло да има разубеждаващ ефект в потенциалните участници по ОП № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник по ОП № № 1,3,4 и 5 на процедурата по ЗОП, който би участвал по съответната обособена позиция, ако процесното условие за изпълнение на поръчката бе законосъобразно определено. С оглед на това бенефициентът е информиран, че това е причината размерът на финансовата корекция по обособените позиции на поръчката, по които е установено гореописаното нарушение да се определя по пропорционалния метод на основание чл. 2, ал. 1 и чл. 5 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 и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 10 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на 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 (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и

доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.), тъй като по обособени позиции ОП № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката от страна на възложителят е използвано условие за изпълнение на поръчката, което включва необосновано национално изискване, което е дискриминационно по национален признак и води до възпрепятстване на стопанските субекти с обща оторизация да участват в обособените позиции на процедурата по възлагане на обществената поръчка.

Видно от писмото при определяне на конкретното основание и размер на финансовата корекция за нередността по обособени позиции ОП № № 1, 3, 4 и 5 на поръчката и квалификацията и по отделните хипотези на т. 10 (букви „а“ или „б“) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба, УО на ОП НОИР е взел предвид следните обстоятелства:

- Нередността е за нарушение при възлагането на обществена поръчка след влизането в сила на Закона за обществените поръчки (обн., ДВ, бр. 13 от 2016 г., приложима редакция към ДВ, бр. 102 от 31.12.2019 г., в сила от 01.01.2020 г.), поради което попада в обхвата на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата;

- Нередността се отнася до неправомерно условие за изпълнение на поръчката и попада в описанието на т. 10, буква „а“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като са получени по една оферта за всяка една от обособени позиции №№ 1, 3 и 4, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. не е налице минимално ниво на конкуренция по разглежданите обособени позиции №№ 1, 3 и 4 на поръчката, за което е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто;

- Нередността се отнася до неправомерно условие за изпълнение на поръчката и попада в описанието на т. 10, буква „б“ на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като са получени три оферти за обособена позиция № 5, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. е налице минимално ниво на конкуренция по обособена позиция № 5 на поръчката, за което е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто.

С оглед гореизложеното, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 2, ал. 1 и чл. 5, ал. 1 от Наредбата, за установеното нарушение по обособени позиции № № 1, 3 и 4 на обществената поръчка, проведена от Национален център по заразни и паразитни болести с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала, гаранционно обслужване и поддръжка на пипети, микроскопи и ултрамикротом по проект „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“ - Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020г.“ BG 05 M2 OP 001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ - пет обособени позиции“ е открито производство по определяне на финансови корекции в размер на 25 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 договори:

1. ОП 1: Договор № 304/07.09.2021 г. с изпълнител А. Е. на стойност 1 668 000,00 лева без ДДС;

2. ОП 3: Договор № 71/16.02.2021 г. с изпълнител И. Е. на стойност 99 000,00 лева без ДДС;

3. ОП 4: Договор № 65/12.02.2021 г. с изпълнител РСР Е. на стойност 162 400,00 лева без ДДС,

На основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 2, ал. 1 и чл. 5, ал. 1 от Наредбата, за установеното нарушение по обособена позиция № 5 на поръчката, е започнато производство по определяне на 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 договор по ОП 5 - Договор № 60/11.02.2021 г. с изпълнител ФОТ О. на стойност 4 950,00 лева без ДДС, сключен в резултат на горепосочената обществена поръчка.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ УО е дал възможност на бенефициента да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

В законоустановения срок бенефициентът е представил възражение.

Във връзка с това е издадено процесното Решение № 16-50/13.12.2021 г. Със същото на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕСИФ, Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., обн. ДВ, бр.27 от 2017 г., изм. и доп. ДВ, бр.68 от 2017 г., бр.67 от 2019 г. и бр.19 от 2020 г., чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл.14, ал.2 и ал. 3 от Наредба за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г. Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР, е потвърдил, че е налице нарушение на императивната норма на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

Видно от Решението е, че от УО са разгледани и анализирани възраженията на бенефициента и са изложени подробни и обосновани аргументи за неприемане на всяко от твърденията.

От представената разпечатка от ИСУН 2020 се установява, че същото е изпратено на жалбоподателя на 13.12.2021 г., като е отбелязана дата на първо отваряне 13.12.2021 г.

По делото са приети представената от административния орган преписка, в това число документите, касаещи проведената обществена поръчка - документацията за участие, протоколи от дейността на комисията за оценка и класиране на подадените оферти на участниците, доклад на комисията, назначена от възложителя, решения за определяне на изпълнител, сключените договори с избраните изпълнители и т.н.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена, чрез административния орган, от лице с правен

интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол. 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. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Програма за образование“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. В конкретния случай оспореното решение е подписано от И. П., който съгласно представената Заповед № РД 12-100/20.04.2021 г. на министъра на образованието и науката е назначен за изпълнителен директор на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, считано от 22.04.2021 г., (Наименованието на изпълнителна агенция „Наука и образование за интелигентен растеж“ е променено на изпълнителна агенция „Програма за образование“ –ДВ, бр.67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г.), т. е. към датата на издаване на обжалвания административен акт неговият автор е притежавал качеството ръководител на УО по смисъла на [чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ](#). С оглед на това съдът приема, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта подробно са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основанието за определяне на финансовите корекции и техния размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок. В решението са обсъдени възраженията на жалбоподателя.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, Е.) № 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.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за 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 нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъдат установени от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

В атакувания акт, издаден на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, е прието, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

По делото е безспорно, че от страна на възложителя в документацията за обществена поръчка с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала, гаранционно обслужване и поддръжка на пипети, микроскопи и ултрамикротом по проект „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология” - Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020г.” BG 05 M2 OP 001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ - пет обособени позиции“ са

заложените следните изисквания:

В Раздел II „Изисквания за изпълнение на поръчката“, т.3 „Изисквания към доставката“, т. 3.6 е посочено „Участникът да е оторизиран представител на производителя на предлаганата апаратура или от негов представител с правото да предлага стоките на съответния производител на територията на Република България“.

В раздел V. „Изисквания към документите за участие в процедурата. съдържание на офертата за участие“, т. 2.5 е предвидени „Техническо предложение на участника, изготвено по образец - Приложения № 2 от настоящата документация, за обособената позиция, за която се подава оферта, и в съответствие с техническите спецификации и изисквания на възложителя в Приложения №1“.

В Приложение 2 „Техническо приложение“ към документацията, т. 14 е записано „Декларираме, че съм оторизиран представител на производителя на предлаганата апаратура и съпътстващо оборудване или от негов представител с правото да предлага стоките на съответния производител на територията на Република България (вярното се подчертава) и прилагам оторизационното писмо като приложение към техническото предложение“.

Процедурите за възлагане на обществени поръчки, уредени в ЗОП, са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства, средствата, предоставяни от европейските фондове и програми и тези на дружествата и предприятия, които са възложители по смисъла на ЗОП. При възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. В рамките на предоставената от закона оперативна самостоятелност и при спазване на чл. 2, ал. 2 ЗОП е необходимо поставените критерии и условия да не 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. В този смисъл преценката за законосъобразност на извършената финансова корекция в тази част, чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията и критериите за допустимост е спазил границите на оперативната самостоятелност и не е нарушил забраната, въведена с императивната разпоредба на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Съобразно разпоредбата на чл. 2, ал. 1 и, ал. 2 от 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 (т. 1) и свободна конкуренция (т. 2).

Смисълът от въведеното изискване относно оторизационните права върху доставяните от изпълнителя по поръчката продукти, е в осигуряване на гаранцията, че последният ще може действително да ги достави, както и да предложи качествена поддръжка на съответните артикули. Със сигурност тези дейности могат да се изпълнят от икономически оператор, който разполага с оторизационни права за територията на Република България. Безспорно обаче те могат да бъдат изпълнени със същото или дори по-добро качество и от потенциални участници, които притежават надлежни права по придобита от тях обща оторизация, т.е. такава, която не е обвързана териториално с определена държава/държави, в условията на упражняваната от тях международна търговска дейност. Именно това дава основание да се приеме, че подобно териториално ограничение в обхвата на оторизационните права, относими към дейностите по предлагане, продажба и поддръжка на доставяните продукти, необосновано препятства участието в съответната възлагателна процедура на лица, притежаващи обща оторизация, обхващаща същите тези дейности. След като допустимостта на този кръг от потенциални участници е обусловена от предприемането на допълнителни действия по снабдяване с изрична оторизация за територията на България, и доколкото тези лица на практика разполагат с аналогична възможност да извършват визираните действия и въз основа на тяхната обща оторизация, същите са необосновано възпрепятствани от участие в процедурата, в нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 ЗОП. Нарушението, както органът правилно е съобразил, е довело до дискриминация, базирана на необосновани национални, регионални или местни изисквания.

Във връзка с множеството изложени в жалбата доводи, които касаят оторизационното писмо следва да се посочи, че в случая не се твърди, че поставянето на изискване участниците да представят оторизационно писмо /пълномощно/, че имат право да извършват доставка на стоките, предмет на обществената поръчка само по себе си е ограничително. В случая УО е приел, че изискването е ограничително в частта му „на територията на Република България“ на база необосновани национални изисквания, поради което са възпрепятствани да вземат участие в процедурата участници, които не са оторизирани изрично за територията на Република България, с правото да предлагат стоките на съответния производител по съответната обособена позиция на поръчката.

На следващо място от страна на жалбоподателя се твърди, че възложителят никъде не е указал, че оторизацията, била тя от производителя или от негов представител, следва да е изрично или само за България. Съдът приема това възражение за неоснователно, доколкото видно от начина, по който е формулирано, от участниците се изисква да има изрична оторизация за територията на Република България, за да отговорят на изискването на възложителя. От съдържанието на документацията не се установява възложителят да е предвидил, че ще приема една обща оторизация, като отговаряща на поставеното изрично изискване за оторизация за територията на Република България.

В подкрепа на гореизложеното са и представените от участниците оторизационни писма, от които е видно, че в тях изрично е посочено че

съответния участник е представител за България /напр. л. 482, л. 336, л. 421, л. 513/, като в някои от тях дори изрично е посочено, че съставени за процесната обществена поръчка.

Освен това по отношение на аргументите, че изискването е поставено с цел навременна реакция на съответния участник следва да се посочи, че в чл. 12 и чл. 13 от проекта на договора са предвидени начина на изпълнение на гаранционната поддръжка и в чл. 19 - неустойките при неизпълнението на задължения по договора от страна на изпълнителя. Именно включването на подобни клаузи е гаранция за възможностите на съответния участник да изпълни изискванията на възложителя. Участник, който не може да изпълни изискванията на възложителя не би участвал, като кандидат в съответната обществена поръчка предвид факта, че са предвидени неустойки за неизпълнение.

Оперативната самостоятелност на възложителите не е безпределна, а е в рамките на цитираната по-горе разпоредба на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, която императивно постановява условията да не ограничава необосновано участието на икономическите оператори в обществената поръчка. Тази самостоятелност представлява предоставена възможност от законодателя при формулиране на условията по обществената поръчка възложителят да избира между няколко варианта, които сами по себе си са законосъобразни, но в същото време се различават по целесъобразност. Правилна е преценката, че условието включва необосновано национално изискване, което е дискриминационно по национален признак и води до възпрепятстване на стопанските субекти да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка. Тези действия на възложителя са в пряко нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Като е предвидил това изискване възложителят необосновано е пречатвал участниците. Изискването за представяне на оторизация за територията на Република България е необосновано.

По изложените съображения съдът приема извода на УО за нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП за правилен. Същото правилно е съотнесено към състава за нередност по т. 10, б. „а“ и „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности – „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания“.

С оглед гореизложеното може да се направи заключение, че са налице и трите елемента на фактическия състав на понятието за „нередност“:

Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото Национален център по заразни и паразитни болести, има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2 т. 37 Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на средства финансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Вторият елемент - това действие или бездействие да води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административния орган с оглед нормата на чл. 170, ал. 1 от АПК е да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или на националното законодателство. Същото е установено безспорно като такова по чл. 2, ал. 2, вр., ал. 1 от ЗОП.

С оглед извода за наличие на вмененото на бенефициента нарушение е налице и третият елемент на фактическия състав на понятието за „нередност“ по смисъла на Регламент 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година 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 (Регламент 1303/2013), а именно - вредата. Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на Съда на Европейския съюз (СЕС), че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на 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, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v С., С-199/03, ЕУ: С: 2005:548, т. 31; решение С. L., С-465/10, ЕУ: С: 2011:867, т. 47; решение F., С-59/14, ЕУ: С: 2015:660, т. 24; решение W., ЕУ: С: 2016:562, т. 44).

Доколкото не може да се изключи възможността допуснатите нарушения да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то налице е основание за определяне на финансова корекция. Тъй като естеството на допуснатото нарушение не позволява да се определи тяхното точно финансово отражение върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ е приложил пропорционалния метод. Правилна е и квалификацията като нередност по т. 10, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности по отношение на ОП № 1, 3 и 4, а по отношение на ОП № 5 – по т. 10, б. „б“ от същото приложение.

С оглед на изложеното жалбата се явява неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на делото претенцията на жалбоподателя за присъждане на сторените по делото разноски се явява неоснователна. От страна на процесуалния представител на ответника е направено искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, което следва да бъде уважено за сумата от 150 лева.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 16-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Национален център по заразни и паразитни болести, ЕИК 00662721, срещу Решение № 16-50/13.12.2021 г., издадено от изпълнителния директор на изпълнителна агенция „Програма за образование“ и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер в размер на 579 414,00 лева с ДДС, включваща 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договори, сключени по ОП 1 - Договор № 304/07.09.2021 г. с изпълнител А. Е., по ОП 2 Договор № 71/16.02.2021 г. с изпълнител И. Е. и по ОП 4 Договор № 65/12.02.2021 г. с изпълнител РСР Е., както и 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по ОП 5 Договор № 60/11.02.2021 г. с изпълнител ФОТ О. сключени в резултат от проведена с предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала, гаранционно обслужване и поддръжка на пипети, микроскопи и ултрамикротом по проект “Фундаментални, транслиращи клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“ - Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020“ BG 05 M2 OP 001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ - пет обособени позиции.

ОСЪЖДА Национален център по заразни и паразитни болести, ЕИК 00662721 да заплати на изпълнителния директор на изпълнителна агенция „Програма за образование“ и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 сума в размер на 150 лв. (сто и петдесет лева), представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщението до страните за изготвянето му и получаването на препис от съдебния акт.

Съдия:

