

РЕШЕНИЕ

№ 6111

гр. София, 05.11.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 46 състав,
в публично заседание на 13.10.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Желева

при участието на секретаря Станислава Данаилова, като разгледа дело номер **1649** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК във вр. с чл. 27 ал.1 от ЗУСЕСИФ (Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове).

Делото е образувано по жалба с вх.№ 1105-2/07.02.2020 г. от Фондация „К. Б.“, ЕИК по Булстат[ЕИК], срещу Решение № 80811-46/23.01.2020 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен разтеж“ 2014-2020 г. (ОП НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 5% от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове(сумата на допустимите,засегнатите от нарушението разходи,които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 1/30.08.2019 г., сключен между Фондация „К. Б.“ и [фирма] на стойност 52 500 лева без ДДС. Финансовата корекция е определен въз основа на констатирани от УО нарушения при осъществен контрол за законосъобразност на проведения избор на изпълнител с публична покана по реда на чл.49, ал.2, от ЗУСЕСИФ и ПМС № 160/2016 г. с предмет : „Доставка на ДМА и НМА – Оборудване и въвеждане в експлоатация на лабораторните комплекси и акселератора за технологично предприемачество на ЦК при Партньор 8 – Фондация К. Б. (КТБГ)“.

Жалбоподателят претендира отмяна на акта и присъждане на разноски. Счита , че решението за неправилно и незаконосъобразно, постановено при нарушение на административнопроизводствените правила, в противоречие с материалноправните разпоредби – отменителни основания по чл. 146 от АПК. Настоява, че Решението е

постановено извън сроковете, предвидени в чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ и при липса на мотиви относно налагането на финансовата корекция. Прави оплакване, че не е налице обосновка на всички елементи, относими към състава на нередността, както и конкретно приложения процент в корекция. Според жалбоподателя не са налице предпоставки за налагане на финансова корекция по сключения договор за доставка на специализирана техника за 3Д прототипиране и специализирания софтуер към нея, доколкото не е налице причинна връзка между твърдяното от УО и ОПНОИР нарушение и евентуално причинената вреда. Съгласно чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ целта на финансовата корекция е при констатиране на нередности (в случая във връзка с възлагане на поръчка по реда на чл. 49, ал.2 т.2 от ЗУСЕСИФ и ПМС № 160/2016 г.) да се възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия са в съответствие с приложимото национално и европейско законодателство.

По административен договор за безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда-води,отпадъци,енергия за кръгова икономика“ с бенефициенти и адресати на акта: ФОНДАЦИЯ „К. БЪЛГАРИЯ“,СУ „СВ.К. О.“,УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА,СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ, УНИВЕРСИТЕТ „ПРОФ.Д-Р А. З.“ Б.,ИНСТИТУТ ПО МИКРОБИОЛОГИЯ „С. А.“ , ИНСТИТУТ ПО ОРГАНИЧНА ХИМИЯ С ЦЕНТЪР ПО Ф.-С.,ИНСТИТУТ ПО ФИЗИКОХИМИЯ „А..Р.К.“-Б. Л. УНИВЕРСИТЕТ и от ФОНДАЦИЯ „К. БЪЛГАРИЯ“, в качеството ѝ на възложител, е проведен избор за изпълнител с публична покана по реда на чл.49, ал.2, т.2 от ЗУСЕСИФ и ПМС № 160/2016г. с предмет „Доставка на ДМА и НМА-Оборудване и въвеждане в експлоатация на лабораторните комплекси и акселератора за технологично предприемачество на ЦК при П. 8 – Фондация К. Б. (КТБГ), в резултат на която е сключен договор №1 / 30.08.2019 г. с изпълнител [фирма],на стойност 52 500 лв. Без ДДС,представен с пакет отчетни документи №4 от 30.10.2019 г. в ИНСУН 2020.

Констатирано е нарушение, което има или би имало финансово влияние върху средствата от ЕСИФ: Наличие на дискриминационен критерий за подпор. Съгласно чл.51, ал 4 от ЗУСЕСИФ.

В законоустановения срок бенефициентът е предствил възражение с комуникация рег. №BG05M2OP001-1.002-0019-C03-M148 от 02.12.2019г. в ИНСУН 2020,в което излага аргументи срещу формулираните от УО констатации,по-конкретно:

Бенефициентът възражава срещу основателността по наложената финансова корекция.Не е съгласен с направената от УО констатация, като счита,че специфичният предмет на поръчката за „доставка на иновативна и специфична по своята същност и предназначение техника за 3Д прототипиране и специализирани софтуери за работа с нея и обстоятелството,че в нейния обхват е включено и изпълнението на допълнителни съпътстващи доставката услуги (в т.ч. въвеждане в експлоатация на техниката,обучение на специалистите на възложителя за пълноценна работа с нея и пълна гаранционна поддръжка на доставеното оборудване, вкл.подмяна на дефектирали части,отстраняване на повреди и др.възникнали проблеми)“, Бенефициентът счита,че за да обезпечи качествено изпълнение на поръчката,същото следва да бъде изпълнено единствено и само от производител или от оторизиран от производителя участник.Посочва,че „лице,което не е упълномощено директно от производителя,а от негов представител,не само не би могло да

предостави заводска гаранция на предлагани продукт,а като ненадлежно оторизирана трета страна,неговата намеса в обслужването на машината би довело до отпадане на гаранцията“.

При проверка на акта за съответствие с материален закон, съдът прави следните правни изводи:

Решението е основано на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ в относимата редакция на текста, с който се предвижда възможност за пълна или частична отмяна на финансова подкрепа със средства на ЕСИФ, чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, извършена чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Налице е нарушение на правилата за определяне на изпълнител по чл. 51, ал.4 от ЗУСЕСИФ,произтичащо от действие на възложителя-определяне на икономическите оператори да участват в процедурата за избор на изпълнител чрез публична покана и/или водят до разубеждаване на потенциалните участници от участие в процедурата,т.е. имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза.Т.е. налице са и трите елемента на „нередността“.

Нарушението на правото на Съюза и в частност на принципите на прозрачност,равнопоставеност и недискриминация,се явяват обективно нарушени при каквито и да билоо нередности,установени във връзка с проведени процедури за избор на изпълнител,в това число и нередности,свързани с дискриминационни критерии за подбор.Това от своя страна ограничава възможността на икономическите оператори и/или има разубеждаващ ефект за участие в процедурата и винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза.

Според УО така установеното нарушение на приложимия нормативен акт попада в обхват на т.11,б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2,ал. 1 на Наредбата,а именно нередността се отнася до критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците в конкретната процедура за избор на изпълнител чрез публична покана.

Съдът намира, че правните изводи на УО са съобразени с нормативната уредба и е налице визираното в оспореното Решение нарушение на чл. 51 ал.4 ЗУСЕСИФ ЗОП . Въведените в Поканата параметри и характеристики сочат на конкретен или ограничен брой производители, което създава пречки за пълна и реална конкуренция и се явява дискриминационно като условие. Липсват мотиви кое налага точно този вид, примерно, видеокарта, както и точно този вид процесор. Както е посочил и административният орган, в Общите условия, т. III „Изисквания за изпълнение на поръчката“ за конкретната поръчка е посочено, че предлаганите машини, оборудване, обзавеждане и съоръжения следва да отговарят напълно на изискванията на възложителя, посочени в Техническата спецификация.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент № 1303/2013 държавите - членки носят отговорност за разследването на нередностите, за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) от Регламент № 1303/2013 държавите - членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Легалното определение на понятието „нередност“ е в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, като съдържа следните

елементи:

- а) действие или бездействие на икономически оператор,
- б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане;
- в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от изрично изброените правни основания. Българският законодател е приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ основания води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като води до отчитането на неоправдан разход в общия бюджет. Първото, което органът трябва да докаже, е нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, което е свързано с неговото прилагане. В случая органът твърди, че са налице нарушения на чл. 51, ал.4 ЗУСЕСИФ, квалифицирани като нередности по т. 11 от Приложение към чл. 6, ал. 1 от Методологията. Тези нарушения, ако са осъществени, биха попаднали в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - нередност, която съставлява нарушение на националното право, извършено чрез действие от получателя на безвъзмездната помощ, и има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Анализът на отделните точки към Приложението сочи, че конкретното нарушение попада под хипотезата на т. 11 от Приложението - Дискриминационни технически спецификации, за които в графата „Описание на нарушението“ се съдържа следното описание:

„Поставяне на технически стандарти, които са прекалено специфични и по този начин не предоставят равен достъп на участниците/кандидатите за участие, или това води до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в обществената поръчка. Освен горното следва да се посочи, че националният законодател е приел, че посочените в приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.) нарушения на ЗОП (отм.) винаги създават възможност за вреда на бюджета на Съюза. С оглед на това тогава, когато съответното нарушение на ЗОП попада в някоя от категориите нарушения от приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.), е налице вреда на бюджета на Съюза и с оглед на това следва да се определи финансова корекция. Този извод се налага от начина на формулиране на текста на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ – „има или би имало за последица нанасянето на вреда“. Целта на финансовата корекция е да се гарантира или възстанови положението, при което всички разходи, извършени в рамките на предоставена безвъзмездна финансова помощ, да са в съответствие с приложимото национално и европейско законодателство. Установеното нарушение попада в категорията нарушения по т. 11 от Приложението към чл. 6, ал. 1 от Методологията (отм.). Точка 11 визира дискриминационни технически спецификации, което съответства на характера на установеното нарушение по чл. 25, ал. 5 и чл. 32, ал. 1 и 2 от ЗОП (отм.) и означава, че нарушението може да нанесе вреда на бюджета на Съюза. В този смисъл е осъществен и третият елемент на фактическия състав на нередността. За да е законосъобразна, тя трябва да бъде определена по основание и размер по аргумент от чл. 72 ЗУСЕСИФ.

Основанието, видно от изложените по - горе мотиви, е допуснато нарушение от бенефициера на нормативен акт, свързан с провеждане на обществени поръчки, който е национално право, свързано с правото на Съюза и възможността да бъде нанесена вреда на бюджета на Съюза. Относно определяне на размера на процесната финансова корекция, съдът съобразява следното:

Правилно административният орган е приел, че тъй като в случая не е възможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, тя следва да се определи в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ по пропорционален метод.

При определяне на размера са от значение два елемента – процентно съотношение и основа върху, която се изчислява приложимият процент.

Административният орган е посочил 5 на сто (минималния размер) след съобразяване на тежестта на нарушението, което означава, че възприетото процентно съотношение е законосъобразно.

В случая УО е записал в Решението, че е определил финансова корекция в размер на 5 % върху стойността на финансовата помощ, изплатена за заявени за възстановяване разходи по договор за възлагане с избран изпълнител [фирма]. Цифровото изражение на сумата при обратно пресмятане не сочи на заявените разходи в размер на 52 500 лв., без ДДС ,съответно 63 00 лв, сключен в резултат на проведен избор на изпълнител с публична покана по реда на чл.49,ал.2 от ЗУСЕСИФ и ПМС№ 160/2016г. с предмет „Доставка на ДМА и НМА – Оборудване и въвеждане в експлоатация на лабораторните комплекси и акселератора за технологично предприемачество на ЦК при Партньор 8 – Фондация К. Б. (КТБГ)“,проводена от Фондация К. Б..

На основание чл.5,ал.3 от Наредбата,приета с ПМС №57 от 2017г.,изменена с ПМС№202 от 2019г. максимална стойност на финансовата корекция е 3 150,00 лв. с ДДС.

С оглед на всичко изложено се налага изводът, че оспореният акт е издаден при спазване на административнопроизводствените правила и в съответствие с материалния закон, поради което жалбата се явява неоснователна и необоснована и като такава следва да бъде оставена без уважение.

С оглед изхода от спора, както и изрично стореното от процесуалния представител на ответника искане и разпоредбата на чл. 226, ал. 3 от АПК във връзка с чл. 143, ал. 4 АПК във връзка с чл. 78, ал. 8 ГПК (Дв бр. 8 от 2017 г.) във връзка с чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ съдът следва да присъди на ответника разноски за юрисконсулт, като на основание чл. 78, ал. 8 ГПК (ДВ бр. 8 от 2017 г.) във връзка с чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ възнаграждението за адвокат по настоящото производство следва да бъде определено на 100 лв.

Водим от изложеното, както и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд – София град, III отделение,46 състав,

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалба с вх.№1105-2/07.02.2020г . на Фондация „К. Б.“,ЕИК[ЕИК], представлявана от председателя М. Х.-Р. на Решение № 80811-46/23.01.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., с което е наложена финансова корекция в размер на 5% от стойността на финансовата помощ, изплатена за заявени за възстановяване разходи по договор за възлагане на

обществена поръчка.

ОСЪЖДА Фондация „К. Б.“ ,ЕИК:176356204– да заплати на ИА Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. адвокатски възнаграждение в размер на 100 лв. (сто лева).

РЕШЕНИЕТО може да се оспорва с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република Б. в четиринадесетдневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: