

# РЕШЕНИЕ

№ 1548

гр. София, 10.03.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,**  
в публично заседание на 27.01.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Атанас Николов**

при участието на секретаря Ирена Йорданова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **3180** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на СУ „Св. К. О.“ срещу Решение №0401-12/11.03.2021г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР. С жалбата се релевират доводи за несъответствие на оспорения акт с материалния закон, поради което се иска отмяната му. Претендират се разноски.

В с.з. жалбоподателя, редовно призован, чрез проц. представител адв. О., поддържа жалбата на наведените в нея основания.

Ответникът - Р. на ОП НОИР, редовно призован, се представлява от пълномощник, който оспорва жалбата. Претендират се разноски и се прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

Представител на СГП не взема становище по жалбата.

От фактическа страна.

Софийски университет е бенефициент по административен договор за безвъзмездна финансова помощ проект № BG05M2OP001-1.001-0001 "Изграждане и развитие на център за върхови постижения "Наследство БГ", финансиран по Оперативна програма

"Наука и образование за интелигентен растеж" 2014-2020, приоритетна ос 1 "Научни изследвания и технологично развитие", съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие".

В хода на извършвана проверка на проведена от СУ „Св. К. О.“ обществена поръчка с предмет „Осигуряване на колокация за нуждите на Център за обработка на големи масиви от данни в изпълнение на проект № BC05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“, съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие (ЕФРР)“, в резултат на която е сключен договор № 80-09-71/03.06.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 980 000.00 лева без ДДС и 1 176 000.00 лева с ДДС, Управляващият орган (УО) на ОП НОИР е установил следното нарушение: „При определяне начина на оценка на предложенията на участниците по показател Предложение за качествено изпълнение на поръчката (П2) възложителят на практика е предвидил оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в документи 1 е, в нарушение на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, |г/ т. 2 и чл. 2. ал. 2 от ЗОП.“.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически 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 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 (Наредбата за посочване на нередности/Наредбата, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. изм. и доп, ДВ, бр. 19 от 06.03.2020 г.).

За допуснатото нарушение е определена финансова корекция в размер на 5 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 № 80-09-71/03.06.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 980 000.00 лева без ДДС и 1 176 000.00 лева с ДДС, сключен в резултат на проведената от бенефициента СУ „Св. К. О.“ обществена поръчка с горепосочения предмет.

От правна страна.

Оспореното Решение №0401-12/11.03.2021г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ 2014-2020 г. за налагане на финансова корекция на СУ е издадено от материално компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с решение на управляващия орган, одобрил проекта. В случая проектът във връзка с който е и проведена обсъжданата обществена поръчка, е одобрен от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ 2014 – 2020 г. Според чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, а съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕСИФ ръководител на УО е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято

структура се намира УО, или оправомощено от него лице. Съгласно Глава втора от „Устройствения правилник на ИА ОП „НОИР““ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности, съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съгласно Глава трета, Раздел II от правилника Изпълнителният директор на агенцията е и Ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР". Със заповед №РД12-251 от 30.10.2017 г. на Министъра на образованието и науката на РБ /л. 20/ за Изпълнителен директор на ИА ОП „НОИР“ е определен Г., като същият по смисъла на правомощията, дадени с устройствения правилник е компетентен да издава всички индивидуални административни актове по смисъла на ЗУСЕСИФ.

Решението е издадено в изискуемата по чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ писмена форма. В него се съдържат фактически и правни основания, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Разгледани са и са подложени на преценка възраженията на СУ, като органът изрично формулира констатация за нередности по т. 11, б. „б“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата във връзка с установените нарушения. Посочени са фактически и правни съображения за налагането на финансова корекция за посочените нередности и нейния размер. Спазени са регламентираните в ЗУСЕСИФ специални правила за провеждане на процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. В съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансова корекция Ръководителят на УО на ОП „НОИР“ е запознал бенефициента СУ с констатациите си и му е предоставил възможност за писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция. Бенефициентът е изпратил възражение. Оспореното решение е издадено на 11.03.21 г. след изтичане на предвидения в чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ срок.

Материалната законосъобразност на акта за определяне на финансова корекция се свързва с преценката дали е възприето от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ основание за налагането ѝ, съответно правилно ли е определен размерът на финансовата корекция. Съгласно чл. 71 от ЗУСЕСИФ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Основанията за определяне на финансова корекция, нормативно са регламентирани в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ такова основание е и 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. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент №1303/2013 ДЧ носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013, ДЧ предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Дефиницията за „нередност“ се съдържа в чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013, съгласно която норма „нередност“ е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като

последница нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“, изисква наличието на три елемента от обективна страна: 1. действие или бездействие на икономически оператор, 2. това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. да има или би имало като последница, нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Настоящият съдебен състав възприема, че езиковото тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 не оставя каквото и да било съмнение относно възможността вредата на бюджета на съюза да не е само реално настъпила, но и потенциална, т. е. нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда – последното трайно възприето както в българската съдебна практика, така и в практиката на Съда на ЕС.

В случая упражненото с Решение №0401-12/11.03.2021г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ административно правомощие по чл. 73 от ЗУСЕСИФ, от фактическа страна се основава на констатирани нарушения на разпоредби от ЗОП и ППЗОП при възлагане на обществена поръчка с предмет „Осигуряване на колокация за нуждите на Център за обработка на големи масиви от данни“ по проект „изграждане и развитие на върхови постижения по проект Наследство БГ“, квалифицирани, като „нередности“ по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 и чл. 70 ал. 1 т. 9 от ЗУСЕСИФ. Безспорно СУ има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент №1303/2013, защото участва в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. Именно в това свое качество и като получател на безвъзмездна финансова помощ по ОП „НОИР“ 2014-2020 СУ е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено по програмата безвъзмездно финансиране, съставляващо средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ – т. е. налице е първият елемент от фактическия състав на определението за „нередност“.

Спорът по делото е относно наличието на втория и третия елемент от фактическия състав на посочената по-горе легална дефиниция за „нередност“, като материалноправно основание за законосъобразното определяне на финансовата корекция. Нарушения на правилата на ЗОП, ако са допуснати такива, биха осъществили втората материална предпоставка на фактическия състав на „нередност“. Това е така, тъй като бенефициентът е длъжен да спазва правилата на ЗОП за определяне на изпълнител, съгласно нормата на чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕСИФ, структурирана в глава четвърта от закона - „Специални правила за определяне на изпълнител от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ“, а според 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 на основание нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последница нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Спорът между страните е съсредоточен върху твърдяното от административния орган и оспорено от жалбоподателя нарушение на чл.2, ал.1, т.2 от ЗОП, касаещ принципа на свободна конкуренция.

За да обоснове това нарушение органът е приел, че при определяне начина на оценка на предложенията на участниците по показател “Предложение а качествено изпълнение на поръчката”, възложителя е допуснал оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията в документите, в нарушение на чл.33, ал.1, изр.2 от ППЗОП. Оценяването по този начин, според органа дава необосновано предимство на участник, който предостави информацията по искания начин, без това да е гаранция за способността му да изпълни поръчката с по-добро качество в сравнение с участник, който не предостави информацията с такава пълнота, че да получи съответния брой допълнителни точки по този показател.

Съдът не споделя извода на административния орган, че по показателя “Предложение а качествено изпълнение на поръчката” се оценя едно и също нещо като минимални изисквания на възложителя, за което участника би получил 5т. И като първо от посочените в показателя надграждащи минималните изисквания на възложителя обстоятелства, за което участника би получил 20 и повече точки по следните съображения.

От една страна сравнението на минималните изисквания с надграждащите елементи не сочи на оценяване на едни и същи обстоятелства с разлика единствено в начина и обема на представяне на информацията. В случая не се наблюдава припокриване на изискваната информация по отношение базовите и надграждащите ги условия. Това е така, тъй като, чрез наличието на надграждащи елементи в предложението следва да се предостави на Възложителя различна от основната, конкретизирана и детайлизирана информация за изпълнение на предмета на поръчката, която не би могла да бъде подлагана на оценяване при извършване на проверката за наличие и относимост на съдържанието на минималните изисквания от концепцията. Видно от предмета на процесната поръчка става въпрос за предоставяне на услуга по осигуряване на колокация, поради което безспорно доказването на техническите възможности на участника, на когото би било възложено изпълнението на поръчката, е от важно значение за възложителя. В случая, за да гарантира минималните си изисквания, заложи в документацията (обхват на поръчката и техническата спецификация), бенефициерът е определил базови изисквания и надграждащи обстоятелства, наличието на които обуславя по-високата оценка.

Сравнението на минималните и надграждащите обстоятелства показва следното:

Изискванията за качествено изпълнение на поръчката по първото надграждащо обстоятелство е свързано не с разписване на отделните дейности по разработване на софтуера, а за оценка на изискванията на Възложителя към предложенията на Изпълнителя относно организацията на персонала му, който ще изпълнява предмета на поръчката, които надграждат минималните изисквания, посочени в частта от таблица 4 на с.56 от документацията.

За да получи допълнителни точки по подпоказателя П2 от Изпълнителя се изисква да направи предложения относно организацията на персонала, който ще изпълнява предмета на поръчката, по някое или по всички от следните направления: предоставяне на физическо пространство в специализирани помещения за колокация; осигуряване на необходимите условия за предоставяне на колокация; системна администрация и поддръжка на интернет свързаността.

Според т.1.1 на с.57 от документацията, предложенията относно организацията на персонала по тези направления трябва да съдържат и ресурсите, които Изпълнителят ще използва, за изпълнението на дейностите от предмета на поръчката. Видовете

ресурси са посочени от Възложителя в скоби -информация, документи, срещи с Възложителя, срещи със заинтересуваните страни. От Изпълнителя се изисква да посочи конкретно кои от тези видове ресурси ще използва за изпълнението на всяка от дейностите от предмета на поръчката.

Изложеното обосновава извод за липсва нарушение на чл.33, ал.1 от ППЗОП и защото изискванията за качествено изпълнение на поръчката по първото надграждащо предложение в таблица № 4 не повтарят минималните изисквания на възложителя и не са критерии за оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията за минималните изисквания, а изискват представяне на информация за обстоятелства, различни от тези минимални изисквания. Минималните изисквания са описание на всички дейности от предмета на поръчката, а първото надграждащо предложение изисква информация за ресурсите за изпълнение на всяка от описаните дейности от предмета на поръчката. „Ресурси за изпълнението на всяка от дейностите от предмета на поръчката" е различно обстоятелство от „Дейности от предмета на поръчката" и информацията относно ресурсите за изпълнението на всяка от дейностите от предмета на поръчката е гаранцията за способността на участника да изпълни предмета на поръчката с по-добро качество в сравнение с участник, който не представи информация за тези ресурси.

Липсата на нарушение на чл. 33, ал. 1 ППЗОП обосновава липса на нарушение и на чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗОП, защото оценяването въз основа на показател, при който се цени начина и пълнотата на информацията дава необосновано предимство на участник, който представи информацията по искания начин, без това да е гаранция за способността му да изпълни предмета на поръчката с исканото качество, но видно от събраните по делото доказателства това не беше установено в конкретния случай. Не се установи и наличието на необосновано предимство, което да доведе до не съответствие с принципа на свободна конкуренцията.

С оглед изложеното и съобразявайки наведените от жалбоподателя подробни съображения за неправилно квалифициране на нарушенията е необходимо да се посочи, че чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013, гласи, че „нередност“ е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза. В своята практика Съдът на Европейския съюз приема, че „неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки, съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент №1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд“. С оглед факта, че конкретните нарушения са нарушения на националното законодателство, уреждащо обществените отношения във връзка с подготовката, провеждането и възлагането на обществени поръчки /ЗОП/ и за същите в Наредбата са определени процентни показатели за формиране на финансова корекция, прилагайки по-горе посоченото разбирането на СЕС към конкретната процедура, не може да се изключи възможността за ограничаване на неопределен брой участници в процедурата във връзка с използваните ограничителни критерии за възлагане. От последното се извлича и третия елемент на фактическия състав на нередността – вредата на бюджета на съюза. Административната мярка, каквато е финансовата корекция, се установява за нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, като нарушението не е необходимо да бъде на правна норма, която установява

административно нарушение /забрана за извършване на нещо/, а е достатъчно да не бъде в съответствие с изискване на правото. С оглед на това, за целите на административната мярка е достатъчно да се установи, че съответното действие или бездействие е в нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право и нанася или би могло да нанесе вреда на бюджета на Съюза – това прави административната мярка /т. е. финансовата корекция/ издадена на годно правно основание, досежно основанието. Поради това и с оглед констатациите на съда относно неправилно приложение на материално правните разпоредби на ЗОП относими към конкретния случай, следва да се приеме за основателна жалбата в тази част.

Съобразно изложените мотиви Решение №0401-12/11.03.2021г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР се явява незаконосъобразно, като издадено в противоречие с относимите материалноправни норми и като такова следва да бъде отменено.

### **Относно разноските.**

Искането на жалбоподателя се явява основателно и следва да бъде уважено, с като на основание чл. 143, ал. 1 във връзка с чл. 144 от АПК, чл. 78, ал. 3 и 8 от ГПК в тежест на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж““ бъде възложено заплащането на сумата от 3 480,40 лв., представляваща възнаграждение за процесуално представителство, заплатена д.т. и експертиза.

Като неоснователно съдът приема направеното възражение на ответника касаещо прекомерност в размера на възнаграждението на процесуалния представител на жалбоподателя. Същото е съобразено с фактичката и правна сложност на делото и извършените действия по защита в хода на процеса.

**С тези мотиви, съдът**

### **РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** по жалба на СУ „Св. К. О.“ Решение №0401-12/11.03.2021г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР.

**ОСЪЖДА** Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж““ да заплати на СУ „Св. К. О.“ сумата от 3 480,40 лв., представляваща разноски.

**Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14 дневен срок от съобщаването му на страните.**

**СЪДИЯ:**

