

РЕШЕНИЕ

№ 25916

гр. София, 04.12.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 13 състав,
в публично заседание на 05.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елица Райковска

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **8017** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на СУ Св. К. О. срещу решение № 0401-32/24.07.2024 г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган /РУО/ на ОП НОИР 2014-2020, с което на СУ Св. К. О. в качеството му на възложител по ЗОП е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските и структурни и инвестиционни фондове по договор № 08-09-182/07.09.2023 г. с изпълнител С. Ф. ООД.

В жалбата се поддържа становище за незаконосъобразност на обжалвания административен акт, поради съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. Претендира отмяна на акта и присъждане на разноски, за които е представен списък.

Ответникът – Ръководител на УО на ОП НОИР 2014 – 2020 г., чрез упълномощен юрисконсулт, в съдебно заседание и в депозираните писмени бележки, моли жалбата да бъде оставена без уважение. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. – ГРАД, след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

СУ Св. К. О. е водеща организация по Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0001-C01 (л.155), сключен с Ръководителя на Управляващия орган Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, процедура за предоставяне на БФП за финансиране на проект „Изграждане и развитие на Център за върхови постижения „Наследство БГ““.

В изпълнение на проекта жалбоподателят е провел процедура по възлагане на обществена поръчка, в резултат на която е сключен Договор за възлагане на обществена поръчка № 80-09-182/07.09.2023 г. (л.106) с предмет „Извършване на независим одит по изпълнение на дейностите и отчитане на разходите по проект BG05M2OP001-1.001: „Изграждане и развитие на Център за върхови постижения „Наследство БГ“, финансиран по ОП НОИР 2014-2020, приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие, съфинансирана от ЕС чрез Европейския фонд за регионално развитие. Договорът е сключен с изпълнител С. Ф. ООД и е на стойност 110 000.00 лв.

С писмо 0401-32/07.06.2024 г. (л.22) бенефициерът е уведомен, че във връзка с подаден пакет отчетни документи № 18/31.01.2024 г. по административния договор, при извършена проверка на документи, свързани с проведената обществена поръчка, са констатирани съмнения за нередност, които са основание за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, а именно нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта ЗУСЕФСУ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата от ЕСИФ. В писмото са описани констатираните нарушения, като на СУ Св. К. О. е предоставена възможност на осн. чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ, в срок от две седмици от получаване на уведомлението, да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция.

От страна на бенефициера е представено възражение (л.20), което е обсъдено от РУО и прието за неоснователно, поради което е издадено Решение № 0401-32/24.07.2024 г. от Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, с което на СУ Св. К. О. в качеството му на възложител по ЗОП е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по договор № 08-09-182/07.09.2023 г. с изпълнител С. Ф. ООД. На основание чл. 5, ал. 3 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 Закона за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление, е определен максимален размер на финансовата корекция от 6 600.00 лв.

Прието е, че използваните от възложителя критерии за подбор ограничават достъпа на кандидатите или участниците, поради включването на следните изисквания към кандидатите:

В т.Ш.1.3. „Технически и професионални възможност“ от обявлението за откриване на обществената поръчка и в документацията за същата, възложителят е посочил следният критерий за подбор:

2. Участниците следва да разполагат с екип от експерти с ръководен състав със следната професионална компетентност за изпълнение на поръчката, включващ

минимум:

а/ ръководител на екипа, който следва да притежава следната професионална компетентност и да отговаря на следните минимални изисквания на Възложителя:

- да притежава един или повече от следните сертификати (или еквивалентни):

национални: дипломиран експерт – счетоводител (ДЕС) – диплома, издадена от Института на дипломираните експерт-счетоводители или еквивалентни, или международни: сертифициран вътрешен одитор (Certified Internal Auditor, CIA – сертификат на Международния институт на вътрешните одитори; сертифициран одитор в публичния сектор (Certified G. Auditor P., CGAP) – сертификат на Международния институт на вътрешните одитори или еквивалентни;

- да е участвал в последните пет години от датата на подаване на офертата в поне три одита на приключили проекти или програма, независимо от източника на финансирането им.

б/ Ключов експерт 1: Одитор:

- минимум един, който да отговаря на следните минимални изисквания на Възложителя:

-да притежават един или повече от следните сертификати (или еквивалент): национални: дипломиран експерт – счетоводител – диплома издадена от Института на дипломираните експерт-счетоводители; Сертификат на Министерство на финансите – Сертификан вътрешен одитор в публичния сектор или еквивалентни, или международни: сертифициран вътрешен одитор (Certified Internal Auditor, CIA) – сертификат на Международния институт на вътрешните одитори; сертифициран одитор в публичния сектор (Certified G. Auditing P.) – сертификат на Международния институт на вътрешните одитори или еквивалентни;

- да е участвал в последните пет години от датата на подаване на офертата в поне един одит на приключил проект или програма, независимо от източника на финансиране.

в/ ключов експерт 2: Юрист, който да отговаря на следните минимални изисквания на Възложителя:

- да има висше образование, специалност „Право“ с придобит професионален опит минимум 3 години по специалността, или еквивалент в случай, че образованието е придобито в друга държава.

- да е участвал за последните пет години от датата на подаване на офертата в поне един одит на приключил проект или програма, независимо от източника на финансиране.

Ръководителят на УО е приел, че така формулираното изискване води единствено до ограничаване на потенциалните участници, но не и до доказване възможността и надеждността на участника, че точно с екип, отговарящ на тези условия, ще успее успешно да изпълни поръчката. Прието е, че с тези изисквания се ограничава кръгът на потенциалните участници и не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Нарушението е квалифицирано като такова по чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал.2, вр. чл. 2, ал .1, т. 1 и т. 2 ЗОП. Същото представлява 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 от Наредбата за посочване а нередности.

От правна страна съдът намира следното:

Съгласно чл. 73 ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Това решение е индивидуален административен акт и подлежи на самостоятелно оспорване съгласно чл. 27 ЗУСЕФСУ.

По делото е представен Трудов договор № РД12-24/01.03.2022 г. (л. 11), видно от който проф. Г. В. е назначен да изпълнява длъжността Изпълнителен директор на ИА „Програма образование“. Представена е и Заповед № РД10-19/18.07.2024 г. (л.181), с която издателят на акта – И. Н. П., е определен да замества изпълнителния директор на ИАПО за времето от 19.07.2024 г. до 30.07.2024 г., както и доказателства за отсъствието на титуляря към датата на издаване на акта. С оглед на това съдът намира, че обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган, в кръга на възложените му правомощия. Видно от писмо на ответника от 24.09.2024 г. /л. 179/ подписът върху първа страница на документа е положен от деловодителя, който е завел същия с номер и дата в системата за документооборот, поради което актът представлява валиден административен акт.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 14-дневен срок, такива са депозирани и обсъдени подробно от административния орган. Не се констатира допуснати нарушения на процесуалните правила, които да обосноват отмяната на акта на формално основание.

Относно материалната законосъобразност на оспореното решение, в частност наличието на констатираното нарушение, съдът намира следното:

Съгласно чл. 2, ал. 2 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. Според чл. 59, ал. 2 ЗОП възложителите нямат право да изискват от кандидатите или участниците други документи за доказване на съответствие с поставените критерии за подбор, освен посочените в този закон.

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

Законът допуска и въвеждане на изискване по отношение на участниците, както правилно административният орган е приел, че относимият период на придобиване на опита на участника за изпълнението на поръчката е правно уреден в чл. 63, ал. 1, т. 1 ЗОП - 3 години - за доставки и услуги и 5 години - за строителство. От това следва, че опитът на неговия експертен персонал не може да бъде по-голям от изисквания по закон за участника като цяло. Противното би означавало необосновано въвеждане на по-високи изисквания спрямо експертите на участника, отколкото законът поставя за самия участник - потенциалният изпълнител на поръчката, а това води до

необосновано ограничаване на потенциалните участници от участие в процедурата. В този смисъл е Решение № 3286 от 06.04.2022 г. по адм. д. № 11528/2021 г., VII отд. на ВАС.

В конкретния случай възложителят е поставил изискване към ръководителя на екипа да е участвал в последните пет години от датата на подаване на офертата в поне три одита на приключили проект или програма, независимо от източника на финансирането им. Завишени изисквания има и по отношение на ключов експерт 1 – Одитор - да е участвал в последните пет години от датата на подаване на офертата в поне един одит на приключил проект или програма, независимо от източника на финансиране. Идентично изискване е налице и към ключов експерт – Юрист - да е участвал за последните пет години от датата на подаване на офертата в поне един одит на приключил проект или програма, независимо от източника на финансиране. След като законодателят е допуснал възложителят да предвиди изискване спрямо кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните 5 години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за строителство или три години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за доставки и услуги, за доказване на професионален опит, то въвеждането на подобно изискване по отношение на ръководителя на екипа, както и към двамата ключови експерта, при това за по-голям период от време отколкото законът допуска за самия участник (3 год., т.к. не се касае за строителство), неминуемо води до необосновано завишение на изискванията по отношение на експертния персонал и ръководителя на екипа, което от своя страна води до ограничаване на конкуренцията. В тази връзка правилно административният орган е приел, че така определените 5-годишен срок няма как да докаже възможностите на посочените експерти да изпълнят поръчката в по-голяма степен, отколкото предвиденият в закона 3-годишен период от време. Въведеното изискване е в нарушение на забраната по чл. 2, ал. 2 ЗОП, до какъвто извод е достигнал и административният орган.

Съдът споделя също и изводите на РУО, че изискването за изпълнение на минимум три одита в последните 5 години от страна на ръководителя на екипа нарушава чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, за което същият законосъобразно се е позовал и на решението на СЕС от 31.03.2022 г. по дело С-195/21. В случая, така поставеният критерий се явява завишен, доколкото предметът на обществената поръчка не предполага поставянето на по-високи изисквания към експерта. Така формулираното условие нарушава принципа на свободна конкуренция, тъй като необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка. Дали ръководителят на екипа е участвал в един, два, или три одита при това точно в последните 5 години, не съответства на сложността на поръчка, нито е гаранция за знанията и уменията на експерта-ръководител.

Съгласно т. 11 от Приложение към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в случаите на 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, размерът на финансовата корекция е 5% в случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят

на критериите за подбор. В този смисъл законосъобразно е определен размера на финансовата корекция, а именно 5 % от размера на поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя за противоречие в мотивите на органа, от които не ставало ясно за какво нарушение е наложена финансовата корекция. Изрично е посочено, че сроковете, предвидени в т. т.Ш.1.3. „Технически и професионални възможности“ от Обявлението, са ограничили конкуренцията в нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

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

Предвид изхода на спора, претенцията за присъждане на юрисконсултско възнаграждение от страна на ответника се явява основателна, поради което СУ Св. К. О. следва да бъде осъден да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ разноски по делото в размер на 200 лева на основание чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, вр. чл. 143, ал. 3 АПК.

Водим от горното, АССГ, 13 състав

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на СУ Св. К. О. срещу решение № 0401-32/24.07.2024 г., издадено от Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на или б 600.00 лв., представляваща 5 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по договор № 08-09-182/07.09.2023 г. с изпълнител С. Ф. ООД.

ОСЪЖДА СУ Св. К. О. да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева.

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

СЪДИЯ: