

# РЕШЕНИЕ

№ 286

гр. София, 17.01.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,**  
в публично заседание на 20.10.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Наташа Николова**

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **3728** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (загл. изм.– ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г., ЗУСЕФСУ) вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на Национален център по заразни и паразитни болест (НЦЗПБ), със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от директора И. Х., срещу Решение № 16-1 от 04.04.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“ (ОП НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 25 % 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 договор № 131/16.03.2021 г. с „Инфомед“ ЕООД на стойност 332 333, 30 лева без ДДС и 398 799, 96 лева с ДДС.

В жалбата се излагат доводи, че УО е достигнал до неправилен извод за нарушение по чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Счита, че заложеното изискване участникът да е оторизиран и да предлага стоките на съответния производител на територията на Република България не ограничават конкуренцията.

В съдебно заседание, чрез юрк. Г. поддържа жалбата. Моли решението на УО да бъде

отменено. Претендира присъждането на разноски.Представя в срока писмени бележки по същество.

Ответникът – Ръководителят на Управляващия орган по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, чрез юрк. К., оспорва жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на разноски.Представя писмени бележки по делото.

Административен съд София град, III-то отделение, 36 –ти състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ е сключила Административен договор за безвъзмездна финансова помощ по проект BG05M2OP001-1.002-0001 „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“ по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, съфинансирана от Европейския фонд за регионална развитие по Приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“ на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., с бенефициенти: Национален център по заразни и паразитни болести, Институт по Микробиология „С. А.“ към Българска Академия на Науките,Национален Диагностичен Научноизследователски Ветеринарно Медицински Институт и Медицински институт към Министерство на Вътрешните Работи.

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 уникален номер в при проверка на документи във връзка с проведена открита процедура съгласно чл. 20, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), с уникален номер в Р.: 01785-2020-0004 и предмет „Доставка, монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала, гаранционно обслужване и поддръжка на конфокален лазерен сканиращ микроскоп по проект „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология” - Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020г”, процедура чрез подбор BG05M2OP 001-1.002“, в резултат на която е сключен Договор № 131/16.03.2021 г. с изпълнител „Инфомед“ ЕООД на стойност 332 333,30 лв. без ДДС.

При възлагането на обществената поръчка 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."

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, „2.5. Техническо предложение на участника, изготвено по

образец - Приложения № 2 от настоящата документация, в съответствие с техническите спецификации и изисквания на възложителя в Приложения № 2 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.“, както и обстоятелството, че систематичното място на така заложените изисквания е в раздел II. Изисквания за изпълнение на поръчката, се налага извод, че оторизационното писмо /пълномощно/ следва да е неразделна част от техническото предложение на всеки участник.

Така заложено изискването „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“ налага задължение за всеки един потенциален участник, към момента на подаване на офертата да представи документ, от който да е видно наличието на изрична оторизация за предлагане на стоките на съответния производител на територията на Република България.

Във връзка с подаден пакет отчетни документи № 8 от 30.08.2021 г. в ИСУН 2020 по проект BG05M2OP001-1.002-0001 „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“ е извършена проверка на документи на проведената открита процедура по ЗОП. Установено е нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано по т. 10 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), касаещо заложеното изискване на изрична оторизация на стоките на територията на Република България.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ (сег. ЗУСЕФСУ) Управляващият орган е дал възможност на бенефициента по административния договор за предоставяне на БФП да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция, като е изпратил в ИСУН 2020, писмо от ръководителя на УО за стартиране на процедура по определяне на финансова корекция, с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0001-C04-M224 от 24.01.2022 г.

В законоустановения срок чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0001-C04-M228 от 02.02.2022 г., бенефициентът - възложител на поръчката е подал своето възражение относно производството по налагане на финансова корекция поради констатираната нередност.

На 04.04.2022 е издадено Решение № 16-1 от 04.04.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“ (ОП НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 25 % 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 договор № 131/16.03.2021 г. с „Инфомед“ ЕООД на стойност 332 333, 30 лева без ДДС и 398 799, 96 лева с ДДС.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който на основание чл. 27 ал.1 във връзка с чл. 38 т. 3 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) подлежи на обжалване пред съд. С оспорения акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 05.04.2022 г., а жалбата е депозирана на 12.04.2022 г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението). Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) вр. чл. 4, ал. 1 и чл. 6, ал. 1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция ОП НОИР и с оглед представеният трудов

договор № РД 12-24/01.03.2022 г., от който е видно, че Г. В. заема длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП НОИР.

Решението е издадено от административен орган с териториална и материална компетентност. Спазена е предвидената от закона писмена форма и в него се съдържат изискуемите реквизити по чл. 59, ал. 2 АПК. Процесният индивидуален административен акт е издаден след изясняване на фактите и обстоятелствата от значение за случая. При издаването му не е допуснато нарушение на административнопроизводствените правила. Законодателят е регламентирал специална процедура по определяне на финансова корекция, която ответникът е спазил. Органът е уведомил бенефициента за започналото производство по налагане на финансова корекция, осигурил му е възможност в срок да представи писмени възражения.

По отношение на приложението на материалния закон:

Правният спор се свежда до това дали при заложеното изискване от възложителя „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“ ограничава конкуренцията.

Безспорно се установява и от приложената административна преписка, че според т. 3 от Раздел II е налице изискване „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.“

УО е приел, че към момента на подаване на офертата участникът следва да представи документ, от който да е видно наличието на изрична оторизация за предлагане на стоките на съответния производител на територията на Република България, което предварително предопределя кръга на участниците, респ. необосновано ограничава от участие тези, които не притежават изискваната оторизация. В този смисъл участниците, които не могат да представят такъв документ като част от техническото си предложение, няма да могат да участват в поръчката, а ако участват - няма да отговарят на изискванията на възложителя, заложиени в раздел II. Изисквания за изпълнение на поръчката, поради което ще бъдат отстранени от участие в процедурата. Така горепосоченото изискване е 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 да предлагат стоките на съответния производител.

Цитираното по-горе 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 всъщност го отличава и със своя дискриминационен характер /нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП/.

Констатациите на органа са правилни и законосъобразни.

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 обществената поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да я изпълнят, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и изисквания, касаещи бъдещото изпълнение на обществената поръчка. Чрез критериите за подбор по същество възложителят определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката, в случай, че бъде избран за изпълнител. А чрез съставянето на техническата спецификация участниците се уведомяват за характеристиките на бъдещото изпълнение на дейността, предмет на поръчката, с които те чрез подаваното от тях техническо предложение се съгласяват и декларират, че ще съобразят при евентуално спечелване на обществената поръчка. При определянето на критериите и изискванията възложителите са длъжни да се съобразяват със заложените в ЗОП разпоредби, чиято цел е да се гарантира свободната конкуренция, както и равнопоставеността и недопускането на дискриминация. В рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи предмета на поръчката и изискванията към потенциалните участници, като при спазване на разпоредбите на чл. 2 ЗОП е необходимо същите 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, чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията в документацията по обществената поръчка и критериите за допустимост е спазил границите на оперативната самостоятелност и не е нарушил забраните, въведени с императивните разпоредби на чл. 2, ал. 1 и ал. 2 ЗОП, изрично въведено като правно основание в оспорения административен акт. (В този смисъл: решение № 6972 от 09.06.2020 г. по адм. д. № 3847/2020 г. на Върховния административен съд, VII о.).

Съгласно нормата на чл. 2, ал. 2 ЗОП възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. За да съществува нарушение на посочената разпоредба, въведеното изискване не само следва да ограничава участието на лица в обществената поръчка, но това ограничаване следва да е необосновано. Обосноваността на ограничението може да произтича от спецификата на поръчката

или от нормативно заложено ограничение в специален закон. Като основание за залагане на ограничение, възложителят е обосновал нуждата от сервизно обслужване и извършване на гаранционен ремонт. Подобни доводи са изложени и в жалбата пред настоящата инстанция.

Доводите на жалбоподателя са неоснователни, като не е налице пряка връзка между изричната оторизация за предлагане на стоките на производител на територията на България и извършването на сервизно обслужване. Вярно е, че предметът на обществената поръчка е доставка и гаранционно обслужване на специфична медицинска апаратура, но липсата на оторизация в страната не означава и липсата на своевременно гаранционно обслужване. Такъв критерий може да бъде заложен при оценка на постъпилите предложения, но не и да бъде условие за допустимост, водещ до възпрепятстване на част от стопанските субекти да участват в обществената поръчка. Отделно от това спецификата на поръчката или законова разпоредба не оправдава нуждата от така заложено условие.

Неоснователни са и другите доводи на жалбоподателя, че при така заложено условие участник с обща оторизация – напр. Източна Европа или Европа би могъл да участва в обществената поръчка. В посочените критерии, освен обща оторизация следва да се представи в документите изрична за територията на Република България.

Безспорно, в конкретния случай изискването ограничава участието на потенциалните участници, които нямат документ за оторизиран представел на територията на Република България, но са оторизирани представители в други страни.

Финансовата корекция е наложена на правно основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) и чл. 2 ал. 2, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, в които норми са разписани основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението). В 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, приета с Приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. и приложима по отношение на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж", се посочват конкретните случаи на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението). "Нередност" съгласно определението, дадено в чл. 1 параграф 2 от Регламент на Съвета (ЕО, Евратом) № 2988/95 от 18.12.1995 г. за закрилата на финансовите интереси на Европейските общности, 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. Съгласно чл. 143, ал. 1 от Регламент № 1303/2013 и чл. 98 Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, ал. 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Съобразно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 за да е налице нередност, следва да са налице следните кумулативни предпоставки- действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и наличие или възможност за наличие на вреда като последица на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице, понеже жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове чрез административен договор по оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020", сключен на основание чл. 45, ал. 1 и ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) и е получил безвъзмездно финансиране. Като страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, оспорващият е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране. Спорът по делото е дали е налице нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, което е довело до наличие или възможност за наличие на вреда на бюджета на съюза, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна по основание и размер.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена чрез наложена корекция само на някои от лимитативно посочените правни основания. Финансовата корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) се налага 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 ЕФСУ.

За да бъде законосъобразно наложена финансовата корекция, не е достатъчно само да се установи допуснато от възложителя нарушение при провеждането на процедурата по възлагане на обществена поръчка. Съобразно вида на допуснатото нарушение следва да бъде извършена съответната правна квалификация на нередността, съгласно разпоредбите на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В мотивите на оспореното решение е посочено, че извършеното нарушение представлява 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“, буква „а“ – основание за отстраняване, свързано с условията за изпълнение на поръчката, което включва необосновано национално изискване. В



посочената разпоредба е предвидена финансова корекция в размер на 25%, каквато е наложил и УО, поради което ФК е наложена в законоустановения размер.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че решението не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал.4 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв., определен на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, Трето отделение 36-ти състав,

### РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Национален център по заразни и паразитни болест (НЦЗПБ), със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от директора И. Х., срещу Решение № 16-1 от 04.04.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) по ОП „Наука, образование и интелигентен растеж“ (ОП НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 25 % 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 договор № 131/16.03.2021 г. с „Инфомед“ ЕООД

ОСЪЖДА Национален център по заразни и паразитни болест (НЦЗПБ), със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от директора И. Х. да заплати на Изпълнителна агенция "Програма за образование" сумата от 100 лв. разноски по делото.

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

СЪДИЯ:

