

РЕШЕНИЕ

№ 7625

гр. София, 16.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 46 състав,
в публично заседание на 16.11.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Желева

при участието на секретаря Евгения Стоичкова и при участието на прокурора Ива Цанова, като разгледа дело номер **3726** по описа за **2021** 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. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ, представлявано ректора проф. д-р инж. И. М., срещу Решение № 1103-62/26.03.2021г. на Ръководителя на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатите договори за обществена поръчка за съответните обособени позиции:

- Обособена позиция № 1: Договор № 32/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 185500,00 лева без ДДС и 222 600,00 лева с ДДС;
- Обособена позиция № 2: Договор № 33/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 302650,00 лева без ДДС и 363 180,00 лева с ДДС.

Жалбоподателят счита, че констатираните в проверката нередности, свързани с допуснати нарушения на Закона за обществените поръчки са неоснователни, респ. издаденото Решение на УО на ОП „НОИР“ за незаконосъобразно и неправилно, поради съществени нарушения на съдопроизводствените правила, неправилно приложение на материалния закон и необоснованост. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуалните си представители адв. Н. и адв. Р. поддържат жалбата на сочените основания. Има постъпили и писмени бележки с които поддържа жалбата.

Ответникът – Ръководителят на изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 чрез юрисконсулт С. оспорва жалбата и моли да се отхвърли. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Между управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 и УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ с рег. № BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на центъра за върхови постижения „Наследство БГ“. В изпълнение на дейностите по договора, с решение на възложителя е открита и е проведена открита процедура по ЗОП, с предмет „Доставка на специализирано оборудване за Централна научно-изследователска лаборатория за документиране и моделиране на недвижимото културно наследство (ЦНИЛ-ДМ-НКН) по проект BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на центъра за върхови постижения „Наследство БГ“: Обособена позиция № 1: Доставка на фотограметрична работна станция и софтуер за обработка на данни от лазерно сканиране и цифрови изображения получени от дрони. Обособена позиция № 2: Доставка на специализирано геодезическо оборудване – наземна лазерна сканираща система; GNSS оборудване; автоматизирана сканираща тотална станция; лазерна ролетка; оборудване за стабилизиране на геодезически знаци и точки; геодезически трайни знаци“, 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, представена с пакет отчетни документи № 9 от 21.12.2020г. в ИСУН 2020, като в резултат са сключени по Обособена позиция № 1: Договор № 32/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 185500,00 лева без ДДС и 222 600,00 лева с ДДС и по Обособена позиция № 2: Договор № 33/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 302650,00 лева без ДДС и 363 180,00 лева с ДДС.

От страна на УО по ОПДУ е извършен, по собствена инициатива, последващ контрол за законосъобразност при провеждането на обществената поръчка, с което УО е констатирал, че са налице нарушения по ЗОП.

С писмо рег. № BG05M2OP001-1.001-0001-C03-M214/25.02.2021г., бенефициента е уведомен за „констатирани нередности“, изразяващи се в следното: Използвано е условие за изпълнение на поръчката, което ограничава достъпа на кандидатите или участниците. Условието поставено от Възложителя е Документацията за участие в процедурата, част IV. Изискванията към участниците, подготовката на офертите, образци на документи и указания за подготовката им, раздел IV. Съдържание на опаковката за участие в процедурата, подраздел, съдържание на офертата, се изразява в следното: „В опаковката по чл.47, ал.2 от ППЗОП, участникът следва да постави: документи доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на оборудването – на основание чл.39, ал.3, т.1, б. „ж“ от ППЗОП.

Посочено е също така, че: „В случай, че в техническото предложение не се съдържат

един или повече от описаните в т.3 документи или представените документи не отговарят на изискваните форма и съдържание, съответният участник ще бъде отстранен от участие в процедурата“.

УО по ОПДУ е приел, че във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, респективно по т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, следва да се наложи финансова корекция в размер на 10 % от засегнатите от нарушението разходи по сключените с изпълнителите договори: Обособена позиция № 1: Договор № 32/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 185500,00 лева без ДДС и 222 600,00 лева с ДДС; Обособена позиция № 2: Договор № 33/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 302650,00 лева без ДДС и 363 180,00 лева с ДДС, сключени в резултат на проведената от бенефициента университет по архитектура, строителство и геодезия по проект BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на центъра за върхови постижения „Наследство БГ“ обществена поръчка с предмет: „Доставка на специализирано оборудване за Централна научно-изследователска лаборатория за документиране и моделиране на недвижимото културно наследство (ЦНИЛ-ДМ-НКН) по проект BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на центъра за върхови постижения „Наследство БГ“: Обособена позиция № 1: Доставка на фотограметрична работна станция и софтуер за обработка на данни от лазерно сканиране и цифрови изображения получени от дрони. Обособена позиция № 2: Доставка на специализирано геодезическо оборудване – наземна лазерна сканираща система; GNSS оборудване; автоматизирана сканираща тотална станция; лазерна ролетка; оборудване за стабилизиране на геодезически знаци и точки; геодезически трайни знаци“.

В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от бенефициента, е постъпило възражение с вх. № 511/10.03.2021г., с което се оспорва основателността и размера на предложената финансовата корекция. Възражението е обсъдено в мотивите на оспорения административен акт и е прието за неоснователно, поради което и е постановено Решение от 26.03.2021г. на Ръководителя на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатите договори за обществена поръчка за съответните обособени позиции:

- Обособена позиция № 1: Договор № 32/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 185500,00 лева без ДДС и 222 600,00 лева с ДДС;

- Обособена позиция № 2: Договор № 33/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 302650,00 лева без ДДС и 363 180,00 лева с ДДС.

Представена и приета е Заповед № РД-12-251/30.10.2017г. на К. В. - Министър на образованието и науката, съгласно която, К. Г. е назначен за изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“.

Приети и представени са с административната преписка документи, във връзка с провеждането на обществената поръчка.

Въз основа на установените по делото факти, съдът прави следните правни изводи:

Съгласно чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Процесното

решение е издадено от компетентен орган, надлежно оправомощен, съгласно представената Заповед № РД-12- К. В. - Министър на образованието и науката, поради което и не се констатират пороци за отмяна на акта на това основание.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл.73 от ЗУСЕСИФ като бенефициентът е уведомен за вида на констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на проведената обществена поръчка, като му е предоставена възможност да се запознае с констатациите на УО и в случай на несъгласие с тях да изложи възраженията си, което право жалбоподателят надлежно е упражнил и възраженията му са анализирани, при постановяване на оспорения акт, като доводите му са обсъдени при издаване и формиране на волята на УО, обективизирана в процесното решение. Ето защо съдът прави извод, че не се констатират пороци за незаконосъобразност на акта на основание наличието на нарушения на установените от ЗУСЕСИФ административнопроизводствени правила. Актът е издаден в писмена форма, съдържа необходимите реквизити и мотиви, поради което не се констатират пороци, обосноваващи отмяната му на тези основания.

Спорът по делото, се свежда до материалната законосъобразност на акта, във връзка с наличието на предпоставките за нередност, по смисъла на приложимия материален закон, във връзка с констатираните от УО нарушения на националното законодателство по ЗОП, изразяващо се във въведени ограничаващи конкуренцията от възложителя критерии в условията за участие в обществената поръчка.

Нормата на чл.70, ал.1, т.9 ЗУСЕСИФ определя, че финансова корекция се извършва 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. Такава нередност може да бъде извършена, чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, както и на т.36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност“. 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 или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В настоящия случай, се установиха предпоставките за налагане на ФК, поради нарушения на императивни норми на ЗОП.

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл.2, т.36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. 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 разбиране на разпоредбата на чл.2, т.36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. Тази теза се

подкрепя и от Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл.2, т.7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможност нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатираните нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност, от които следва да се води всяка обществена поръчка – чл.2, ал.2 ЗОП.

По делото не е налице спор относно фактическите констатации, обективирани в административната преписка и в мотивите на оспорения акт. Безспорно се установява и от приложената административна преписка, че: условието поставено от Възложителя в документацията за участие в процедурата, част IV. Изискванията към участниците, подготовката на офертите, образци на документи и указания за подготовката им, раздел IV. Съдържание на опаковката за участие в процедурата, подраздел, съдържание на офертата, се изразява в следното: „В опаковката по чл.47, ал.2 от ППЗОП, участникът следва да постави: документи доказващи, че участникът разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на оборудването – на основание чл.39, ал.3, т.1, б. „ж“ от ППЗОП.

При тези факти, УО, е приел, че доколкото съгласно чл. 2, ал. 2 от 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, въведеното изискване е ограничително.

Прието е от УО, че: по конкретната процедура, доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като постановеното изискване участникът да разполага със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на съответната оборудване би могло да доведе до разубеждаващ ефект в потенциалните участници и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира колко участници биха подали оферти и каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник по съответната обособена позиция в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако изискването бе насочено към избрания за изпълнител, размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод на основание 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 (Наредбата) и чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ.

Посочено е от УО, че по своята същност допуснатото нарушение представлява

нарушение на основните принципи, прилагани при възлагане на обществени поръчки. Заложените в ЗОП принципи са императивни и задължителни за възложителите, тъй като произтичат от основните принципи на договора за функциониране на ЕС. Тяхната цел е да гарантират законосъобразност при възлагането на обществените поръчки. Предвид гореизложеното, УО е счел, че с допускане на описаното по-горе нарушение възложителят е допуснал и нарушаване на принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и свободна конкуренция като е поставил изискване към участниците да представят документи, доказващи, че разполагат със сервиз, оторизиран от производителя или от официален вносител на оборудването, с оглед на момента, към който се изисква наличие на съответствието с него, а именно – на етап подаване на оферти. С така формираното изискване възложителят е допуснал нарушение, за което се предполага определяне на финансова корекция.

Това нарушение представлява нередност по т.11, буква “а” – „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 на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Тези изводи до които е достигнал УО, са правилни и не се констатира нарушение на материалния закон, по следните правни съображения:

Според чл.2, ал.2 от 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. Съгласно чл.59, ал.2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Констатираните с решението нарушения попадат 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 ЕСИФ. Съгласно чл. 70 ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Такъв акт е 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 структурни и инвестиционни фондове/приета с ПМС № 57/28.03.2017г., обн. в ДВ бр. 27/31.03.2017г./ с която Министерският съвет е определил основните категории нарушения, за които се налагат финансови корекции - чл.2 ал.1 и Приложението към него. По силата на чл.1 от Наредбата с нея се посочват както случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) така и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции, определяни за нередности на основание чл. 70, ал. 1, т. 1 – 9 ЗУСЕСИФ. Предвид посоченото по-горе, съдът приема, че именно Наредбата е актът който определя видовете нередности по ПМС № 160/2016г. Следва да се посочи, като допълнение, че абсолютни идентични видове нередности законодателят е бил предвидил и в отменената Методология за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма "Солидарност и управление на миграционните потоци".

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. 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 разбиране на разпоредбата на чл.2, т.36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможност нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатираните нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност. С тези свои противоправни действия възложителят е възпрепятствал неопределен потенциален кръг заинтересовани от изпълнение на поръчката икономически оператори да представят оферти, поради което и сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. От това, съдът прави извод, че са налице и другите два елемента от състава на нередността: възможна вреда и причинно следствена връзка между деянието и вредата.

В конкретния случай не е възможно определяне на конкретно финансово отражение на нарушението, доколкото, по естеството си то касае нарушаване на конкуренцията, което обективно не позволява изчисляване на финансово влияние от УО.

Определеният в процентно отношение размер на ФК от 10 % е изчислен като стойност, по реда и по формулата по чл.5, ал. 3 от Наредбата, въз основа на конкретен размер на допустимите по засегнатия договор с избрания изпълнител.

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

При този изход на делото, ответната страна има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, в размер на юрисконсултско възнаграждение, които съдът с оглед правната и фактическа сложност на акта и действителното процесуално представителство по делото, определя в размер на 300.00 лева, които следва да се заплатят от жалбоподателя.

Мотивиран от гореизложеното, Административен съд- София – град, III отделение, 46-ти състав

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ Жалбата на УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ, представлявано от ректора проф. д-р инж. И. М., срещу Решение № 1103-62/26.03.2021г. на Ръководителя на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатите договори за обществена поръчка за съответните обособени позиции:

- Обособена позиция № 1: Договор № 32/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 185500,00 лева без ДДС и 222 600,00 лева с ДДС;

- Обособена позиция № 2: Договор № 33/29.07.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 302650,00 лева без ДДС и 363 180,00 лева с ДДС, като неоснователна.

ОСЪЖДА УНИВЕРСИТЕТ ПО АРХИТЕКТУРА, СТРОИТЕЛСТВО И ГЕОДЕЗИЯ, представлявано ректора проф. д-р инж. И. М., да заплати в полза на Министерство на образованието и науката, чрез Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., сумата от 300.00 /триста/ лева, представляваща съдебно-деловодни разноски в производството.

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

СЪДИЯ: