

РЕШЕНИЕ

№ 5656

гр. София, 08.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 03.06.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Евгения Стоичкова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разгледа дело номер **3172** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба от ИНСТИТУТ ПО КАТАЛИЗ към Б. срещу Решение № 80811-163/18.03.2020 г. на Ръководителя на УО по ОП "Наука, образование и интелигентен растеж", с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто 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), определена след проведена обществена поръчка с предмет "Закупуване и доставка на апаратура и оборудване/доокомплектовка на съществуваща апаратура/ за нуждите на Институт по катализ - Б.", по договори с [фирма] на стойност 12 500 лв. без ДДС и [фирма] на стойност 24 990 лв. без ДДС. Твърди се неправилност, незаконосъобразност и необоснованост на оспореното решение, като се излага хронологията на публикуване на ОП в „Профил на купувача“ в сайта на жалбоподателя. Иска се отмяна на Решение № 80811-163/18.03.2020г, издадено от Ръководителя на УО по Оперативна програма „Наука, образование и интелигентен растеж“ и изпълнителен директор на ИА „НОИР“.

В съд. заседание жалбоподателя се представлява от адв. М., който поддържа жалба и моли за нейното уважаване. Аргументира се с изпълнение на всички законови изисквания за оповестяване и осигуряване на публичност на възложената от тях обществена поръчка. С писмени бележки оспорва компетенциите на органа да

установи кога са били „качени“ в профила на купувача документите касаещи поръчката ,а от там и направения извод за нарушаване на чл.32 ал.2 т.1 от ЗОП.

Ответника УО и Ръководител на УО се представлява от юриск.С. , който оспорва жалбата и моли да се потвърди атакуваното решениена Ръководителя на УО на ОП НОИР. Подробни аргументи е изложил в писмени бележки. Претендира юриконсулско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на адв.възнаграждение платено от жалбоподателя.

Представителя на СГП дава становище за неоснователност на жалбата и моли оспореното решение да бъде оставено в сила.

Съдът като съобрази приетата адм.преписка ,становищата на страните , заключението на вещото лице по съдебно-компютърната експертиза , намира за установено следното :

С оспореното Решение № 80811-163/18.03.2020 г. за определяне на финансова корекция в размер на 25 на сто 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), определена след проведена обществена поръчка с предмет "Закупуване и доставка на апаратура и оборудване/доокомплектовка на съществуваща апаратура/ за нуждите на Институт по катализ - Б." , по договори с [фирма] на стойност 12 500 лв. без ДДС и [фирма] на стойност 24 990 лв. без ДДС

От фактическа страна на стр.3 от оспореното решение е посочено следното: „ В хода на извършената проверка, от профила на купувача (ПК) на Институт по из към Б. не може да бъде установено дали е публикувана информацията в съответствие със законовите изисквания. Към обществена поръчка с предмет: „ Закупуване и доставка на апаратура и оборудване/доокомплектовка на съществуваща / за нуждите на Институт по катализ - Б." в изпълнение на проект BG05M2OP001-1.001-0008: Център за върхови постижения “Национален център по мехатроника и чисти технологии“ по Оперативна програма „Наука и образование за “интелигентен растеж“ 2014-2020“ в две обособени позиции на ПК е налична хипервръзка с име „Документация“. При активиране на хипервръзката се сваля архивиран файл във формат .гаг, в който са налични всички документи по хода на процедурата (от обявлението за поръчка до решението за избор на изпълнител и обявлението за възложена поръчка). Тъй като въпросните документи са архивирани заедно и публикувани на профила, е невъзможно файлът да е бил качен преди датата на издаване документите, съдържащи се в него. В тази връзка е обективно невъзможно документацията да е била публикувана преди хронологично последния документ,наличен в архива, който е обявлението за възложена поръчка от 18.10.2019 г. Следва да бъде направен правния извод, че в случая няма как да бъде установено дали са спазени нормативните изисквания относно сроковете за публикуване на документите на ПК. От така установените факти става ясно, че в нарушение на чл. 32, ал. 1 от ЗОП, документация не е публикувана на профила на купувача в електронната преписка на обществената поръчка“.

Цитирана е разпоредбата на чл. 32, ал. 1 от ЗОП: „ Възложителите предоставят неограничен, пълен, безплатен и пряк достъп чрез електронни средства до документацията за обществената поръчка от датата на:

1. публикуване на обявлението в "Официален вестник" на Европейския съюз;
2. публикуване на обявлението в Регистъра на обществените поръчки, когато не

подлежи на публикуване по т. 1" и съгласно чл. 24, ал. 4 от ППЗОП „Профилът на купувача се поддържа по начин, от който може да се удостовери датата на публикуване на документите в него и е направен извод ,че несъобразявайки се с цитираните по-горе текстове на закона, не е предоставил достъп до пълната документация за обществената поръчка на посочения от него адрес на профила на купувача,което съставлява нарушение на правилата на ЗОП за предоставяне на пълен , неограничен ,безплатен и пряк достъп до цялата документация чрез Профила на купувача. Нарушаването на чл.32 ал.1 от ЗОП е квалифицирано като нередност по т.5.2 предл.първо от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 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,приета с ПМС №57 /28.03.2017г / изм. ДВ бр.67/23.08.2019г Посочва се ,че наложената финансова корекция е определена по основание и размер при съобразяване на следните обстоятелства :

- не може да бъде заключено,че е осигурен пълен,пряк,неограничен и безплатен достъп до документацията чрез електронни средства ,но същия е бил съкратен
- не е налице хипотезата на чл.32 ал.3 и 4 от ЗОП
- в настоящия случай хипотеза за намаляване на процентния показател не е възможна ,тъй като проведената процедура по чл.20 ал.1 от ЗОП ,където процентния размер на корекцията е предварително определен на 25%.

Съобразно изложените мотиви и на основание чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ във вр. С чл.59 ал.2 от ЗОП във вр. С чл.2 ал.1 т.2 от ЗОП и във вр. С т.5.2 предл.първо от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 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,за нередност ,съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по реда на глава четвърта от същия,извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента ,което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ ,след разглеждане на възражението от страна на бенефициента е определена финансова корекция в размер на 25 на сто 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), определена след проведена обществена поръчка с предмет "Закупуване и доставка на апаратура и оборудване/доокомплектовка на съществуваща апаратура/ за нуждите на Институт по катализ - Б." , по договори с [фирма] на стойност 12 500 лв. без ДДС и [фирма] на стойност 24 990 лв. без ДДС.

Предвид изложеното ,съдът намира следното:

Финансовата корекция е наложена с правно основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 2, ал. 1 от ЗОП, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ. 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 "Развитие на човешките ресурси" 2014– 2020, 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 ЗУСЕСИФ. "Нередност" съгласно определението, дадено в чл. 1 параграф 2 от Регламент на Съвета (ЕО, Е.) № 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. Определението за нередност, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа 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 има или би имало като последица нанасянето на вреда 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 ЗУСЕСИФ и е получила 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 са налице втория и третия елемент на определението, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна по основание и размер. Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена чрез наложена корекция само на някое от лимитативно посочените правни основания. Финансовата корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ 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 ЕСИФ. Разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 от ЗОП въвеждат императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз- равнопоставеност, свободна конкуренция, пропорционалност, публичност и прозрачност. В настоящия казус не е безспорно установено именно извършването на 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. Посочването като нарушена разпоредбата на чл.32 ал.1 от ЗОП, без да се уточни, коя от двете хипотези на ал.1 е релевантна в случая, лишава жалбоподателя и съда от възможността да разбере както нарушение на правилата за определяне на изпълнител по ЗОП е допуснал.

Не се спори от страните по делото, че всички документи по поръчката са качени в профил на купувача (от обявлението за поръчка до решението за избор на изпълнител и обявлението за възложена поръчка) и се отварят / т.е видни са за трети лица / , чрез активиране на хипервръзка с име „Документация“ . Не е спорно, също че формата на файла е rar, в който са архивирани всички документи по поръчката, поради което би могло да се установи единствено датата на публикуване на последния документ от поръчката, наличен в архива, който в случая е обявлението за възложена поръчка от 18.10.2019г, но не ѝ да се проследи хронологично „качването“ на всеки документ по поръчката.

Описаните от органа фактически действие на бенефициента, във връзка с публикуване на документите по обявената обществена поръчка по проект BG05M2OP001-1.001-0008 не могат да се подведат под нито една от двете хипотези на чл.32 ал.1 от ЗОП. Извода, че в случая няма как да се установи дали са спазени нормативните изисквания относно сроковете за публикуване на документите на ПК не почива на никакви обективни данни. Административния орган е следвало да прояви процесуална активност и да назначи, в хода на административното производство по издаване на ИАА, експертиза за установяване на обстоятелството дали от 04.06.2019г в профила на купувача на бенефициента са налични документи по поръчката, за да се твърди нарушение на чл.32 от ЗОП. Невъзможността на органа да установи по безспорен начин кога /от кой момент/ е осигурен достъп до документацията на проверяваната обществена поръчка не води неприменно до извод, че не е осигурен пълен и неограничен достъп до документацията на поръчката в един минал момент. С други думи обстоятелството, че определен факт не може да се установи технически, не означава че същият въобще не се е осъществил в обективната действителност. Обратното твърдение е не само правно, но и житейски необосновано. Тук следва да се отбележи, че е недопустимо да се измества доказателствената тежест в процеса, като се твърдят отрицателни факти от адм. орган, които не подлежат на доказване от този, който ги твърди и доказването на положителния факт / кога е „качен“ за първи път файла / да се извършва от жалбоподателя. Съгласно чл.170 ал.1 от АПК „Административният орган и лицата, за които оспореният административен акт е благоприятен, трябва да установят съществуването на фактическите основания, посочени в него, и изпълнението на законовите изисквания при издаването му“, което не е сторено в настоящия процес от ответника.

Видно и от заключението по съдебно-компютърната експертиза назначена по делото /отговор на въпрос №4/ е, че във файл с име BG05M2OP001-21.10.2019. rar, наличен на страницата „Институт по катализ- Профил на купувача“ на хипервръзка „Документация“ е установено, че в него са добавяни документи преди хронологично последния наличен документ, който е обявлението за възложена поръчка от 18.10.2019г. Този извод опровергава предположението на адм. орган, обективизирано и в оспореното решение, че е обективно невъзможно документацията да е била публикувана преди хронологично последния документ, наличен в архива, който е

обявлението за възложена поръчка от 18.10.2019 г.

Работилата по делото компютърна експертиза ,посочва че самия замисъл на архивните файлове / какъвто е и ползвания формат от жалбоподателя/ е да могат да бъдат актуализирани с течение на времето. В тази връзка предположението на ответника,че тъй като въпросните документи са архивирани заедно и публикувани на профила, е невъзможно файлът да е бил качен преди датата на издаване документите, съдържащи се в него,освен граматически безсмислено е и невярно.

Липсата на адекватни мотиви ,от които да е видно ,в какви точно действия и бездействия се изразява нарушаването на правото на Съюза или националното право и коя точно правна норма е нарушена е в противоречие с разписаното в чл.59 т.4 от АПК изискване за посочване на фактически и правни основания при издаване на всеки един ИАА,какъвто е и оспорения в настоящето производство

Съдебната практика е категорична ,че посочването на фактическите и правни основания за издаването на акт от страна на органа са предпоставка, обуславяща възможността за упражняване на контрол върху същия, а и за възможността за организиране на адекватна защита спрямо него.

Предвид изложеното съдът намира жалбата на ИНСТИТУТА ПО КАТАЛИЗ към Б. срещу Решение № 80811-163/18.03.2020 г. на Ръководителя на УО по ОП“Наука,образование и интелигентен растеж“ за основателна ,поради което следва да се отмени последното като незаконосъобразно.

При този изход от процеса ответника Ръководителя на УО по ОП“Наука,образование и интелигентен растеж“ ще следва да заплати на жалбоподателя ИНСТИТУТ ПО КАТАЛИЗ към Б.,представявано от проф. д-р С. Т. сторените разноски , съгласно списък по чл.80 от ГПК / стр.194 от делото / и доказателства за реализирането им в размер на 1992.07лв

Водим от горното съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на ИНСТИТУТ ПО КАТАЛИЗ към Б., **Решение № 80811-163/18.03.2020 г.** на Ръководителя на УО по ОП“Наука,образование и интелигентен растеж“ ,за определяне на финансова корекция в размер на 25 на сто 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), определена след проведена обществена поръчка с предмет "Закупуване и доставка на апаратура и оборудване/доокомплектовка на съществуваща апаратура/ за нуждите на Институт по катализ - Б." , по договори с [фирма] на стойност 12 500 лв.

без ДДС и [фирма] на стойност 24 990 лв. без ДДС.
ОСЪЖДА Ръководителя на УО по ОП“Наука, образование и интелигентен растеж“ да заплати на ИНСТИТУТ ПО КАТАЛИЗ към Б., представлявано от проф. д-р С. Т. сумата 1992.07лв, представляваща разноси по делото
Решението подлежи на обжалване пред ВАС в 14 – дневен срок от съобщението на страните

СЪДИЯ: