

# РЕШЕНИЕ

№ 3918

гр. София, 15.06.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 61 състав,**  
в публично заседание на 20.05.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Маргарита Немска**

при участието на секретаря Дора Тинчева и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **2898** 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. Същото е второ по ред, след като с Решение № 3496/17.03.2021г. по адм.дело № 1231/2021г. по описа на ВАС, VII-мо отделение е отменено Решение № 6111/05.11.2020г постановено по адм.дело № 1649/2020г. на АССГ, 46 състав и делото е върнато за ново разглеждане от друг съдебен състав на същия съд.

Съдебното производство е образувано по жалба на Фондация „Клийнтех България“ с ЕИК[ЕИК], представлявано от председателя М. Х. - Рондини, чрез адв. П. К., със съдебен адрес – [населено място], [улица], ет.1, офис 1А срещу Решение № 80811-46/23.01.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове, които са поискани от жалбоподателя по договор №1/2019г. сключен с изпълнител [фирма].

В жалбата се поддържа, че оспореният акт е постановен в противоречие с материалноправните разпоредби, както и с целта на закона и общественото право. Излагат се съображения за необоснованост и немотивираност на акта, както по отношение на фактическите констатации, така и по отношение на липсата на основания за квалифициране на констатациите като нарушения и нередности по смисъла на закона. Сочи се, че не е налице причинна връзка между твърдяното

нарушение и евентуално причинена вреда. В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от законния си представител –председателя на фондацията – М. Х.. Същата поддържа жалбата и моли да бъде отменено оспореното решение. Претендира разноски за всички съдебни инстанции. Прави възражение за прекомерност на претендираните разноски от страна на ответника.

Ответникът, в съдебно заседание, чрез процесуалния си представител юрисконсулт К., оспорва жалбата, представя подробно писмено становище по същество, оспорва жалбата и иска същата да бъде отхвърлена.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, се представлява от прокурор М.М., която изразява становище за неоснователност на жалбата и моли същата да бъде отхвърлена.

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

Жалбоподателят е бенефициент по административен договор от 18.09.2019г. за предоставяне на безвъзмездна финасова помощ сключен с Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж““ по ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, Процедура за предоставяне на БФП BG05M2OP001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“, с на Договора № BG05M2OP001-1.002-0012-C01. По същият договор бенефициенти са съответно и Софийски университет „Св. К. О.“, Университет по строителство, архитектура и геодезия, Л. университет, Университет „Проф. д-р А. З.“ –Б., Институт по физикохимия „А. Р.К.“ –Б., Институт по органична химия с Център по фитохимия –Б., Институт по микробиология „С. А.“.

В изпълнение на договора за БФП от страна на жалбоподателя, в качеството му на възложител е проведен избор за изпълнител с публична покана по реда на чл.49 ал.2 т.2 от ЗУСЕСИФ и ПМС № 160/2016г. с предмет „Доставка на ДМА и НМА –Оборудване и въвеждане в експлоатация на лабораторните комплекси и акселератора за технологично предприемачество на ЦК при Партньор 8 - Фондация Клинтех България (КТБГ). Предмет на процедурата е доставка на апарати за 3Д протитипиране /ДМА/ и специализиран софтуер /НМА/

Въз основа на проведената процедура е сключен договор № 1 / 30.08.2019 г, с изпълнител „ДЕКОРИ“ Е.» на стойност 52 500 лв. без ДДС, представен е пакет отчетни документи №4 от 30.10.2019 г. в ИСУН 2020 .

При извършена проверка от страна на Р. на ОПНОИР на проведената процедура, е констатирано нарушение, което има или би могло да има финансово влияние върху средства от ЕСИФ – наличие на дискриминационен критерий за подбор.

На основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ ответникът е уведомил жалбоподателят за стартирала процедура по налагане на финансова корекция, с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0019-C03-M137 от 19.11.2019г. В законоустановения срок бенефициента е представил възражение.

Въз основа на извършената проверка и проведената процедура по налагане на финансова корекция е издадено оспореното Решение № 80811-46/23.01.2020г. на Р. на ОП „НОИР“,

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

2. Форма на акта:

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

3. Административнопроизводствени правила:

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът /"бенефициерът"/ да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента /"бенефициерът"/ доказателства и направените от него възражения. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Неоснователни са изложените доводи в жалбата, че оспореният административен акт е немотивиран. В решението са изложени доводи, които съдът приема за напълно достатъчни, а отделно от това са обсъдени и писмените възражения на жалбоподателя.

При издаването на акта не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

4. Съответствие с материалноправните разпоредби и с целта на закона

Съгласно 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 следните основания – 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;

Съгласно чл. 143 (1) от РЕГЛАМЕНТ (ЕС) № 1303/2013 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл.2, т.37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая на Фондация „Клийнтех България“ участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съгласно чл.70 ал.2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1 т.9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая е приложима Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл.1, т.1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват: случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава IV от ЗУСЕСИФ, 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);

Съгласно чл. 2. ал.1 от Наредбата за посочване на нередностите, Нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Съдът следна да извърши проверка, дали е извършено от жалбоподателя твърдяното нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и в

случай, че е извършено такова- има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ;

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение / с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция

С процесния административен акт –Решение № 80811-46/23.01.2020г. на Ръководителя на УО на ОПНОИР , е установено едно нарушение: изразяващо се в залагане на дискриминационни критерии за подбор, посредством което е генериран разубеждаващ ефект в потенциалните кандидати и е ограничил възможността за получаване на най-изгодна цена за бюджета на ЕС. В конкретния случай е посочено нарушение на чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ бенефициентите по смисъла на чл. 49, ад. 2, т. 2 от ЗУСЕСИФ (каквото е и Фондация Клийнтех България) не могат да включват в публичната покана условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата.

В настоящия случай при определяне на критериите за технически възможности и квалификация възложителят е заложил в раздел III.2.3) от публичната покана, в т. 3 от поле „минимални изисквания“, изискването „В случай, че кандидатът е различен от производителя на оборудването, то тогава той следва да е оторизиран от производителя на оборудването, да продава/доставя и обслужва оборудването“, което се доказва със „Заверено копие на документ за оторизация от производителя на оборудването“.

Така описаното изискване е ограничително, тъй като възложителят не е предвидил, че оторизация може да се предоставя не само от производителя на оборудването, но и от упълномощен от производителя представител за право на търговия/дистрибуция.

По този начин необосновано се ограничава кръгът от потенциални кандидати, които разполагат с документ за оторизация, издаден от друго, упълномощено от производителя лице. Така в обявената процедура не могат да вземат участие потенциално заинтересованите лица, които не разполагат с оторизация, издадена само и единствено от производителя на оборудването.

Поставеното условие е необосновано и препятства участието в процедурата.

Правилно и обосновано, административният орган е направил изводът, че жалбоподателят е допуснал нарушение на посочената разпоредба. За да бъде извършена преценка, дали посоченото изискване е ограничително, следва да бъде извършен анализ на предмета на процедурата. Видно от публичната покана / лист 75-82 от адм.дело № 1649/20г. на АССГ, / предмет на процедурата е доставка на 2 броя настолни 3Д принтери със софтуери за работа към тях. Поставено е и изискване към гаранционната поддръжка, а именно изпълнителят да осигури пълна гаранционна поддръжка на доставеното оборудване, включваща подмяна на дефектирани части, отстраняване на повреди и на възникнали проблеми, при експлоатация на продукта в срока на гаранционното обслужване.

Доставката и обслужването на посоченото оборудване не би могло да се приеме, че е

изключително специфично и иновативно по своята същност, доколкото 3D принтерите успешно са навлезли в различни производствени сфери, разпространени са широко и са достъпни за широк и неограничен кръг от потребители. Административният орган е посочил, че технологията за 3D прототипиране в световен мащаб е позната още през 80-те години на миналия век, като от 2012 г. се произвеждат системи за 3D прототипиране, предназначени за различни индустрии: авиация, архитектура, автомобилостроене, отбрана, стоматология, т.е. подобен тип оборудване не е иновативно. В тази връзка, да се приеме тезата на жалбоподателя, че с така поставеното изискване може да се гарантира качествено и своевременно изпълнение на целия предмет на договора, е необосновано.

Правото да бъде извършвано въвеждане в експлоатация и поддръжка на 3D принтери не се ограничава до производителя и оторизираните от него лица, но може да бъде породено и при упълномощаване от упълномощени от производителя лица, като такава възможност в обществената поръчка не е допусната. Специфичността на оборудването не обуславя доставката и поддръжката му да се извършва единствено от производителя или от оторизиран от производителя представител.

Така поставеното изискване изключва от кръга на потенциалните участници лицата, които имат оторизация, но не от производителя, а например от оторизиран или упълномощен доставчик. С ограничаването на източника на оторизация единствено до производител, жалбоподателя е ограничил кръга на потенциалните участници, без за това да е налице обективна причина, обоснована от предмета на поръчката.

Невярно е твърдението на жалбоподателя, че след като не е оторизиран един участник от производителя на техниката, то той няма право да извършва въвеждане в експлоатация или поддръжка на същата. Правото да бъде извършвано въвеждане в експлоатация и поддръжка не се ограничава до производителя и оторизираните от него лица, но може да бъде породено и при упълномощаване от упълномощени от производителя лица, като такава възможност в обществената поръчка не е допусната. В практиката такива лица са официални представители на производителите, независимо дали са оторизирани или упълномощени, като няма пречка те от своя страна, въз основа на делегираните им правомощия, да преупълномощават трети лица за извършване на конкретни действия.

Предвид изложеното, съдът намира, че цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав на 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 на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която при поръчки по чл. 50 от ЗУСЕСИФ,

в зависимост от тежестта на нарушението и фактическия състав, е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. Подробно в оспорения административен акт са описани и посочени основанията и фактическите установявания за определянето на финансовата корекция, за да се стигне до определения размер от 5 %.

Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица нанасянето на вреда", сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В настоящия случай е налице нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки (чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ), произтичащо от действие на възложителя - залагане на неправомерни критерии за възлагане, които ограничават възможността на икономическите оператори да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка и/или водят до разубеждаване на потенциалните участници от участие в процедурата, т.е. имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Неоснователни са и доводите жалбоподателя за липса на мотиви, относно наличие на причинна връзка между установеното нарушение и евентуално причинената вреда. В оспореното решение изрично е посочено, че извършеното нарушение ограничава възможността на икономическите оператори и има разубеждаващ ефект за участие в процедурата и винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. И при това нарушение, ръководителят на УО е констатирал, че вредата е евентуална, такава която не е настъпила при установяване на нередността, но би могла да настъпи. Относно определяне на размерът – процентния показател на финансовата корекция, правилно административният орган е приложил пропорционалният метод, като се е обосновал за това / лист 3 от номерацията на административния акт/ . Съгласно чл. 3 ал. 2 от Наредбата, размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалният метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (каквото е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно. Съгласно чл. 1 от Наредбата 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), са посочени в Приложение 1. Видно от Приложението, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвидено и съответен процентен показател на финансовите корекции, който в случая е определен правилно.

С оглед на гореизложеното са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г.,

Не на последно място, законосъобразно е определена и основата върху която е извършена финансова корекция. Съгласно чл.72 ал.3 изр.1 от ЗУСЕСИФ, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. А според разпоредбата на чл.3 ал.3 от Наредбата за посочване на нередности, при прилагане на пропорционалния метод, изчисляването на финансовата корекция се извършва като процентния показател посочен в приложение №1 се отнася към сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи. Засегнатите от нарушението разходи, са поисканите от жалбоподателя за възстановяване по договор № 1/30.08.2019г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 52 000 лева без ДДС и 63 000 лева с ДДС. Определен е и точният размер на финансовата корекция, а именно – 3 150 лева.

Предвид всичко изложено, съдът намира, че оспореният административен акт е законосъобразен, издаден от компетентен орган, в определената от закона форма, при липса на допуснати съществени нарушения на административно –производствените правила, в съответствие с материалните разпоредби и с целта на ЗУСЕСИФ.

С оглед изхода на спора заявеното от ответника искане за разноски - присъждане на юрисконсултско възнаграждение, както и за съдебното производство проведено за първи път пред АССГ и ВАС, се явява основателно, като своевременно направено и доказано / участие в съдебни заседания, изготвяне на писмени бележки/, поради което същото следва да бъде уважено на основание чл.143 ал.1 от АПК и тълкувателно решение № 3/2010г. на ВАС, съдът следва да осъди Фондация „Клийнтех България“ да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ – юридическото лице, в чиято структура се намира органа –ответник, направените по делото разноски, а именно – юрисконсултско възнаграждение, определени съобразно разпоредбата на чл.78 ал.8 от ГПК във връзка с чл.37 ал.1 от Закона за правната помощ във връзка с чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, субсидиарно приложими на основание чл.144 от АПК в размер общо на 300 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 61-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:



ОТХВЪРЛЯ жалбата на Фондация „Клийнтех България“ с ЕИК[ЕИК], представявано от председателя М. Х. - Рондини, срещу Решение № 80811-46/23.01.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове, които са поискани от жалбоподателя по договор №1/2019г. сключен с изпълнител [фирма].

ОСЪЖДА Фондация „Клийнтех България“ с ЕИК[ЕИК] да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сумата от 300 /триста / лева за разноски по делото.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: