

# РЕШЕНИЕ

№ 6035

гр. София, 03.11.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 17 състав,**  
в публично заседание на 06.10.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Добромир Андреев**

при участието на секретаря Галя Илиева, като разгледа дело номер **1986** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Университет „Проф. д-р А. З.“, ЕИК:[ЕИК], срещу Решение № 0408-1 от 23.01.2020 г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициената за възстановяване) по пет обособени позиции.

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е неправилно и незаконосъобразно, поради противоречие с материалноправните разпоредби. Твърди, че изискването към участниците в проведената обществена поръчка да разполагат със сервизна база не противоречи на установения с чл. 2, ал. 2 ЗОП принцип на неограничаване на конкуренцията, нито на разпоредбата на чл. 59, ал. 2 ЗОП. Сочи, че въведеното изискване за подбор е пряка свързано с предмета, обема, стойността и сложността на поръчката. Възражава и срещу начина на определяне на финансовата корекция, тъй като УО не е установил потенциалните финансови измерения на твърдяното от него нарушение върху бюджета на Съюза. Моли спорното решение да бъде отменено. В жалбата си претендира и разноски.

В съдебно заседание Университет „Проф. д-р А. З.“, чрез процесуалния си представител поддържа жалбата, както и твърденията си, относно незаконосъобразността на оспорения акт. Претендира разноси.

Ответникът- Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, като неоснователна по подробни доводи изложени в представените по делото писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

По делото не се спори, че проведената обществена поръчка - открита процедура по реда на ЗОП, с предмет: „Доставка и инсталиране на оборудване и обучение по Проект BG05M20P001-1.002-0019 „Изграждане и развитие на център за компетентност "Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“ за потребностите на Университет „Проф. д-р А. З.“ по 5 обособени позиции“ е във връзка с изпълнение на договор за БФП по проект BG05M20P001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда - води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“.

В резултат на проведената обществената поръчка са сключени договори, както следва: № 196/19.08.2019 с изпълнител [фирма] за ОП 1; № 197/19.08.2019 с изпълнител [фирма] за ОП2; № 195/19.08.2019 с изпълнител [фирма] за ОП4; № 198/19.08.2019 с изпълнител [фирма] за ОП5. Обществената поръчка е представена с искане за плащане № 4/30.10.2019 г. и № 5/12.12.2019 г.

От УО е извършена проверка на открита процедура е предмет „Доставка и инсталиране на оборудване и обучение по Проект BG05M20P001-1.002-0019 „Изграждане и развитие на център за компетентност "Чисти технологии за устойчива околна среда — води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“ за потребностите на Университет „Проф. д-р А. З.“ по 5 обособени позиции, проведена от Университета „Проф. д-р А. З.“ - Б., в изпълнение на проект BG05M20P001-1.002-0019, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г.

От УО е констатирано, че възложителят е формулирал условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в процедурата, които се изразяват в следното:

В раздел III. 1.3. „Технически и професионални възможности“ от обявлението възложителят е заложил следния критерий за подбор .. „Участниците следва да разполагат със сервизна база“. В Раздел III. 1.3. на обявлението като указание към участниците е записано ..“Възложителя следва да попълни Част IV: „Критерии за подбор Раздел В от ЕЕДОП, с посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката“. Във връзка с това УО е посочил, че е налице техническа грешка и се е имало предвид „участникът“, а не „възложителят“ да предостави информация в еЕЕДОП за сервизната база, която ще е на разположение за изпълнение на поръчката, дотолкова, доколкото в документацията за участие е посочено, че участникът следва да декларира изпълнението на поставеното от Възложителя изискване, като попълни Част IV: „Критерии за подбор“,

Раздел В от еЕЕДОП, е посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката.

По отношение на така поставеното изискване УО е приел, че по своята същност то е незаконосъобразно, тъй като към момента на кандидатстването потенциалните участници трябва да разполагат със сервизна база, което обстоятелство да декларират при подаване на офертата си, като това изискване противоречи на принципа за свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП като дава необосновано предимство на потенциални участници, разполагащи със сервизна база, и необосновано ограничава участието на други лица в обществената поръчка, които към момента на участие не разполагат със сервизна база. Според УО в случая възложителят е използвал това изискване като критерий за подбор и с цел спазване на принципа за свободна конкуренция е следвало да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява и не натоварва участниците. В случая е следвало изискването „Участниците да разполагат със сервизна база“ да се поставя само спрямо обявления за изпълнител участник по съответната обособена позиция, тъй като е пряко свързано с изпълнението на поръчката, а не сервизната база да е на разположение на участника към момента на подаване на офертата, т.е. участникът да е извършил действия, които да са му осигурили сервизна база, без да знае дали ще има нужда от такава, ако не бъде избран за изпълнител.

На основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е обективирал горните констатации в писмо рег. № BG05M20P001-1.002-0019-C03-M138/19.11.2019 г. Същото е изпратено чрез ИСУН 2020 и е получено от бенефициената на 19.11.2019 г.

В писмото е посочено още, че доколкото в разглежданата процедура горепосоченото изискване е поставено като критерий за подбор на етап кандидатстване спрямо всички потенциални участници по процедурата, и предвид, че със същото съгласно чл. 59, ал. 5, изречение второ от ЗОП се определя минимално изискване за допустимост, което не е съобразено с предмета на обществената поръчка и момента, към който е необходима сервизна база и противоречи на принципа за свободна конкуренция, обявен в чл. 2, ал. 1, т. 2, и е в разрез с ал. 2 на същата разпоредба от ЗОП е налице нарушение, за което следва да бъде стартирана процедура за определяне на финансова корекция. Направено е заключение, че установеното съставлява нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП.

Изложени са още мотиви, че е използван критерий за подбор, който - без да е дискриминационен по смисъла на т. 10 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, ограничава достъпа на потенциалните участници до процедурата и води до стесняване на кръга на потенциалните участници, които биха подали оферта по съответната обособена позиция на процедурата. С оглед на това е посочено, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Така съгласно чл. 2, параграф 3б 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. От УО са изложени аргументи, че 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. Според УО тази потенциална възможност е налице, тъй като е използван ограничителен критерий за подбор. Предвид гореизложеното УО е констатирал, че е налице дискриминационен критерий за подбор, който без да е дискриминационен по национален, регионален или местен признак, води до ограничаване на достъпа на потенциални участници до участие в конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Следва да се отбележи, че именно наличието на национален, регионален или местен признак в съдържанието на критерия за подбор обуславя разликата в дискриминационния характер на нередностите по т. 10 и по т. 11, като конкуриращи се фактически състави на нарушения от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба.

На следващо място в писмото са изложени мотиви относно естеството на нарушението и невъзможността да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. Посочено е, че нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква „а“ 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, за което е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които би трябвало да се поискат от бенефициента за възстановяване по всеки от засегнатите договори.

С оглед гореизложеното УО е приел, че на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във връзка с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал. 1 от горепосочената Наредба, за конкретното нарушение по т. 11,б. „а“ от Приложение № 1 към Наредбата следва да бъде определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по съответните обособени позиции 1, 2, 4 и 5.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ УО е дал възможност на бенефициента да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

В законоустановения срок бенефициентът е представил възражение с комуникация рег. BG05M20P001-1.002-0019-C03-M151/02.12.2019 г. в ИСУН 2020 г.

Във връзка с това е издадено процесното Решение № 0408-1 от 23.01.2020 г. Със същото на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от ЗУСЕСИФ, 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 № 57/28.03.2017 г. (Наредбата, приета с ПМС № 57 от 2017 г., изменена с ПМС № 202 от 2019 г.), на основание чл. 143, параграф 2 във връзка с чл. 2, параграф 15 и § 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г. в качеството на Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР е потвърдено, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП

във връзка чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, тъй като е заложен неправомерен критерий за подбор. При определяне на основанието и размера на финансовата корекция за нередността УО е взел предвид следните обстоятелства: прогнозната стойност на поръчката е 854 785.63 лв. без ДДС, поради което същата попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „б“ от ЗОП и е възложена чрез открита процедура; нередността се отнася до критерии за подбор, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка (т. 11, б. „а“); не са налице елементи на фактическия състав на нарушение по т. 11, б. „в“ или б. „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата; по всички обособени позиции е получена по една оферта, респективно не е осигурено достатъчно ниво на конкуренция, поради което не налице минимално ниво на конкуренция, което да предполага прилагането на т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата.

С оглед на това на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във връзка с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал. 1 от горепосочената Наредба, за конкретното нарушение по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към Наредбата на бенефициета е определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по съответните обособени позиции:

ОП 1 - „Доставка на оборудване за лаборатория за химичен и физико-химичен/анализ“ - Договор № 196/19.08.2019 с [фирма] на стойност 286 128,00 лв. без ДДС или 343 353,60 лв. с ДДС и стойност на финансовата корекция 34 335,36 лв. с ДДС;

ОП 2 - „Доставка на оборудване за изследване и анализ на биологични и микробиологични обекти“ - Договор № 197/19.08.2019 с [фирма] на стойност 375 918,00 лв. без ДДС или 451 101,60 лв. с ДДС и стойност на финансовата корекция 45 110,16 с ДДС;

ОП 4 - „Доставка на апарат за анализ на частици“ - Договор № 195/19.08.2019 с [фирма] на стойност 68 550,00 лв. без ДДС или 82 260,00 лв. с ДДС и стойност на финансовата корекция 8 226,00 лв. с ДДС;

ОП 5 – „Доставка и обзавеждане на лаборатория“ – Договор № 198/19.08.2019 г. с [фирма] на стойност 35 000,00 лв. без ДДС или 42 000 лв. с ДДС и стойност на финансовата корекция 4 200.00 лв. с ДДС.

Видно от представената разпечатка от ИСУН 2020, същото е изпратено на жалбоподателя на 23.01.2020 г., като е отбелязана дата на първо отваряне 23.01.2020 г.

По искане на жалбоподателя по делото е приета съдебно-оценителна експертиза, която не е оспорена от страните. Съдът приема, че същата е ирелевантна за спора, доколкото е неотнормирана към характера на нарушението, което касае заложените от възложителя изисквания към участниците в обществената поръчка. С оглед на това същата не следва да бъде обсъждана.

По делото са приети представените с жалбата доказателства, както и представената от административния орган преписка, в това число документите касаещи проведената обществена поръчка - документацията за участие, протоколи от дейността на комисията за оценка и класиране на подадените оферти на участниците, доклад на комисията, назначена от възложителя, решения за определяне на изпълнител, сключените договори с избраните изпълнители и т.н.

Видно от обявлението за обществена поръчка е, че за всички обособени

позиции е предвидена гаранционна поддръжка на оборудването.

В документацията за участие са регламентирани гаранционните срокове. В условията за участие е допуснато участието на подизпълнители, обединения и ползването на капацитета на трети лица съгл. чл. 65 от ЗОП. Съгласно раздел VIII „Разглеждане на офертите“ възложителят ще отстрани от участие всеки участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор.

В част IV „Критерии за подбор на участниците, минимални изисквания и документи за доказване“ от документацията, т. 3.3. е вписано, че участникът следва да разполага със сервизна база. Също така участникът следва да декларира, че ще изпълни поставеното от Възложителя изискване, като попълни Част IV: „Критерии за подбор“, Раздел В от еЕДОП, с посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката. Предвидено е за доказване на съответствието с минималното изискване по т. 3.3 Възложителят може да изиска от участника допълнително по всяко време и при условията на чл. 67, ал. 5 от ЗОП декларация за сервизната база, която ще бъде използвана за изпълнение на поръчката. В раздел III Правна, икономическа и техническа информация т. 1.3), подт. 3.3 от обявлението за обществена поръчка е посочено, че участниците следва да разполагат със сервизна база, както за доказване на това обстоятелство следва да се попълни Част IV: „Критерии за подбор Раздел В от ЕЕДОП, с посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена, чрез административния орган, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол.

В конкретния случай актът който се обжалва пред съда е такъв за определяне на финансова корекция. Предвид нормата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция трябва да бъде определена по основание и размер само от ръководителя на съответния управляващ орган. Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните такива. Съгласно ал. 5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на УО по ЗУСЕСИФ могат да бъдат упражнявани и от овластено от него лице. Видно от Заповед № РД 12-251/30.10.2017г., издадена от министъра на образованието и науката, К. Г. е назначен на длъжността изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“. Видно от чл. 4, ал. 1 от Устройствен правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ последната изпълнява функциите на управляващ орган на процесната оперативна програма и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на ЕС. По силата на чл. 6, т. 1 от Устройствения

правилник на агенцията изпълнителният директор е ръководител на управляващия орган на ОП „НОИР“. По силата на чл. 19, ал. 4 от ЗА за орган на изпълнителната власт се считат и изпълнителния директор на изпълнителна агенция. Предвид това, че К. Г. е изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „ОП „НОИР“, то като такъв е и ръководител на управляващия орган на ОП „НОИР“. В компетентността на това лице влиза и задължението по определяне на финансови корекции във връзка с изпълнение на процесната оперативна програма. Функциите на ръководител на УО по съответната оперативна програма, които са възложени на орган на изпълнителната власт, са акцесорни и произтичат от уреденото в специален закон, какъвто се явява в конкретния случай ЗУСЕСИФ.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта подробно са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основанието за определяне на финансовите корекции и техния размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок. В решението са обсъдени възраженията на жалбоподателя.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент "нередност" 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.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на

Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава 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. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета 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 /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Съгласно разпоредбата на 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 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, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции



по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъдат установени от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, 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, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

В атакувания акт, издаден на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, е прието, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 от ЗОП вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП.

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. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 8 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да разполага с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката.

Видно от съдържанието на обжалваното решение и от писмените бележки на ответника, последният не приема за нарушение включването на описаното по-горе изискване в обществената поръчка по принцип, а единствено включването му на етап „Критерии за подбор“.

Настоящият състав споделя мотивите на административния орган. В случая макар гаранционното обслужване на стоките – предмет на доставка по обявената поръчка, да е формулирано като част от предмета на поръчка, съдът приема, че на етап „Критерии за подбор“ така въведеното изискване се

явява дискриминационно и ограничително, тъй като създава административна тежест за всеки от участниците в процедурата, който следва да разполага със сервизна база още при кандидатстване, без да знае дали ще бъде определен за изпълнител на обществената поръчка. Осигуряването на сервизна база би могло да бъде свързано с допълнителни дейности и финансов ресурс, за да се отговори на така поставеното изискване на етап подаване на документи. По този начин възложителят изисква предварително изпълнение от страна на участника на въпросното изискване – на етап Подбор, вместо на етап Изпълнение.

Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че такова изискване не било ограничително, тъй като било съобразено с естеството на предмета на обществената поръчка. На етап Кандидатстване така поставеното изискване пречатства участието на лица, които биха могли да доставят стоките по принцип, но не могат да предоставят информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката. Още повече, че на етап Кандидатстване изпълнението на изискването за наличие на сервизна база само по себе си не гарантира по-адекватна сервизна поддръжка, нито по-бърза реакция или по-бързо отстраняване на проблеми. В този смисъл относно постигането на тези цели, възложителят е следвало да разпише конкретни изисквания, с които потенциалните участници да се съобразят, а не да поставя наличието на сервизна база като условие за допустимост на офертата. В случая изискването на етап кандидатстване участниците (не избрания изпълнител, а всички участници) да предоставят в ЕЕДОП информация за сервизната база, която ще бъде използвана, ако участникът бъде избран за изпълнител, налага изводът, че за да представят на етап кандидатстване достоверна информация за сервизната база, която ще бъде използвана, участниците следва да разполагат с нея още към момента на подаване на офертата, т. е. към този момент трябва да имат собствена или наета база, за да могат отнапред, при кандидатстването си да впишат информацията за нея в ЕЕДОП. В противен случай не биха отговаряли на изискванията за подбор, заложиени от възложителя и декларираната в ЕЕДОП информация за сервизната база може да не

кореспондира с действително осигурената такава. Изискването е ясно и конкретно – всички участници да декларират база и да посочат информация за тази база в ЕЕДОП.

В обявлението изрично е записано, че участникът следва да декларира, че ще изпълни постановеното от възложителя изискване като попълни декларацията с посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката. Действително не е изискано да се представят документи за тази база, за сключен наемен договор или за обслужване, но сервизната база трябва да е определена, следователно да са водени преговори за наемането ѝ и конкретно посочена, което затруднява и утежнява участието на потенциалните участници, които могат да декларират, че ще разполагат със сервизна база на територията на страната, ако бъдат определени за изпълнител, а не предварително да осигурили и определили сервизна база, за да я посочат в декларацията. След като това обстоятелство

се декларира в ЕЕДОП, където участникът представя информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката, може да се направи извод, че за да представи информация за нея, потенциалният участник трябва да е водил преговори за осигуряването ѝ.

Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че заложените критерии се отнасяли към изпълнителя на обществената поръчка.

В част IV „Критерии за подбор на участниците, минимални изисквания и документи за доказване“, т. 3.3. е вписано, че участникът следва да разполага със сервизна база. Също така участникът следва да декларира, че ще изпълни поставеното от Възложителя изискване, като попълни Част IV: „Критерии за подбор“, Раздел В от еЕЕДОП, с посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката В раздел III Правна, икономическа и техническа информация т. 1.3), подт. 3.3 от обявлението за обществена поръчка е посочено, че участниците следва да разполагат със сервизна база, както за доказване на това обстоятелство следва да се попълни Част IV: „Критерии за подбор Раздел В от ЕЕДОП, с посочване на информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката. Действително, вписано е, че едва на етап сключване на договор участникът следва да представи документ, удостоверяващ правото му да разполага със сервизна база. Но така формулираното изискване – да се посочи информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката, макар да не е свързано с представяне на договор към момента на кандидатстване, съдържа безспорно изискване такава сервизна база да е налице именно към този момент. В противен случай възложителят не следваше да изисква посочване на информация за сервизна база, а следваше, както бе посочено по-горе, да разпише единствено конкретни изисквания, с които участниците да се съобразят.

В подкрепа на изложеното е и обстоятелството, че размерът на обществената поръчка е по чл. 20, ал. 1, т.1, б. „б“ от ЗОП – 854 785,63 без ДДС, а съгл. чл. 35, ал. 1 от ЗОП такава поръчка следва да се публикува и в ОФ на ЕС. В този смисъл изискването за наличие на сервизна база на етап Подбор се явява ограничително и за български, и за чуждестранни участници, доколкото съгласно раздел VIII „Разглеждане на офертите“ от документацията възложителят ще отстрани от участие всеки участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор, в частност – който не е посочил информация за сервизната база, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката в ЕЕДОП.

С оглед гореизложеното следва да се посочи, че така постановеният критерии за подбор не установява възможността на потенциалните участници да изпълнят поръчка, доколкото самото наличие на сервизна база не води автоматично до възможност да бъде удовлетворено изискването на възложителя за изпълнение на частта от предмета на поръчката – гаранционно обслужване и поддръжка на стоката.

По изложените съображения административният орган законосъобразно е приел, че е налице нарушение – нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. и Наредбата за нередностите.

Съдът намира, че законосъобразно е определен и размера на финансовата корекция за това нарушение.

По конкретната процедура, поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като не може да се установи колко са щели да бъдат подадените оферти по процесните обособени позиции, в случай че възложителят не бе ограничил необосновано участието на лица в обществената поръчка и бе осигурил равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка. 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 в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата. 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. Поради това размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод на основание чл. 5, ал. 1 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ.

В този смисъл неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че в административното производство не е доказано процесното нарушение да е довело до неправомерен разход на бюджета на Съюза. От съвместното тълкуване на чл. 2, т. 36 вр. чл. 143 от Регламент 1303/2013 г., може да се направи извод, че при констатиране на нередност чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. задължава държавите-членки да извършат финансова корекция, доколкото не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд /т. 2 от диспозитива на решение от 14.07.2016 г. на СЕС по дело С-406/14 г./ . Няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност /т. 47 от дело С-465/10 на СЕС, Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г., 5-членен с-в и цитираната в него практика на СЕС/. В тази връзка следва да се посочи, че гореизложеното е още един аргумент в подкрепа на неотносимостта на приетата по делото СОЕ, доколкото 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.

Факт е, че е налице нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки – чл. 59, ал.2 вр. чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, тъй като на етап „Критерии за подбор“ е било въведено обсъденото по-горе ограничително условие в нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, довело до ограничаване на свободната конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП и участие на минимален/ограничен брой кандидати по всяка от отделните обособени позиции.

С оглед направените от Ръководителя на УО на ОП НОИР констатации

за наличието на нарушения, съставляващи нередности по см. на Регламент 1303/2013 и Наредбата за нередностите, същият е определил ФК от 10% по т. 11, б. „а“ от Приложение 1 към Наредбата за нередностите.

Настоящият състав намира, че административният орган законосъобразно е приложил цитираните разпоредби на Приложение 1 към Наредбата за нередностите. Посочено е, че спорните критерии за подбор не са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания /което би било предпоставка за приложение на т. 10/, но ограничават достъпа на кандидатите, каквато именно е хипотезата на т. 11 от Приложението. Определена е съответно ФК от 10%, като административният орган няма правомощие да приложи по-ниски коефициенти на ФК.

Освен определения процент на ФК, за да е законосъобразна наложената финансова корекция трябва правилно да е определена и основата, върху която се налага с оглед правилното определяне на размера на финансовата корекция. Размерът на финансовата корекция се определя като процент върху основата.

В случая основата, от която органът е определил финансовата корекция, са допустимите разходи по договорите, засегнати от нарушението в съответствие с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за нередностите и с чл. 1, ал. 2, чл. 70, ал. 1 и чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

С оглед на изложеното жалбата се явява неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора заявеното от процесуалния представител на ответника искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение следва да бъде уважено на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК вр. чл. 37 от ЗПП вр. чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ и с оглед правната и фактическа сложност на делото, поради което и жалбоподателят следва да му заплати сумата от 150 лева – разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от УП на изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, агенцията е самостоятелно юридическо лице със седалище в С.. Следователно административният орган, издател на акта, е част от структурата на Изпълнителна агенция "Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ към министъра на образованието и науката, което означава че на самата агенция съгл. чл. 143, ал. 1 от АПК следва да бъдат присъдени разноски, а не на МОН /в този смисъл Определение № 678 от 16.01.2020 г. на ВАС по адм. д. № 13210/2019 г., 5-членен с-в, Решение № 13021 от 26.10.2018 г. на ВАС по адм. д. № 10411/2018 г. и др./.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 17-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

## РЕШИ:

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Университет „Проф. д-р А. З.“, ЕИК:[ЕИК], срещу Решение № 0408-1 от 23.01.2020 г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г.“

**ОСЪЖДА** Университет „Проф. д-р А. З.“, ЕИК:[ЕИК] да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ направените по делото разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 лева.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

**СЪДИЯ:**