

РЕШЕНИЕ

№ 6806

гр. София, 19.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 20.10.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **3131** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК вр. с чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Производството е образувано по жалба на ИНСТИТУТ ПО Р. „СВ. А. И Е. М.“ - Б. срещу Решение №0901-1/04.03.2021г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, 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) по засегнатите договори, както следва: за обособена позиция № 2- договор № ЗОП-10/14.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 346 812,00 лв. без ДДС, съответно 416 174,40 лв. с включен ДДС; за обособена позиция № 3- договор № ЗОП-9/07.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 77 800,00 лв. без ДДС, съответно 93 360,00 лв. с включен ДДС. На основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) максималната стойност на финансовата корекция е: По ОП № 2: 104 043,60 с включен ДДС; По ОП № 3: 23 340,00 лв. с включен ДДС.

Релевира се, че цитираното решение е постановено при съществени нарушения на приложимия материален закон, допуснати съществени процесуални нарушения и в противоречие с целта на закона. Според жалбоподателят нередност по смисъла на Регламент 1303/2013г. липсва. Позова се на разпоредбата на чл.143, ал.3 от Регламента, според която финансовата корекция се налага, като се вземе предвид

характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете или за ЕФМДР, като в случая размера на определената финансова корекция е прекомерен. По същество, се оспорват установените нарушения, за които е наложена финансова корекция. Изтъква се, че констатациите на УО са неправилни, необосновани и некореспондиращи с установените по случая факти и обстоятелства, неясни и вътрешно противоречиви, което затруднява реализирането на правото на защита на жалбоподателя. Акцентираща се, че в случая са извършени всички предварителни проверки от ОУ в т.ч. и проверки на място и не са установени никакви нарушения на законодателството в областта на обществените поръчки, в резултат на което поисканите средства са верифицирани и платени, както и сертифицирани от друг независим орган. Твърди се, че нито в Насоките за кандидатстване по ОС1 на Програмата, нито в Административния договор, е предвидено УО да преразглежда свои решения за верификация, когато са издадени в съответствие с приложимия законов ред. Обръща се внимание, че Център за компетентност К. е посочен като „добра практика“ от екипа на ЕК през м. септември 2019 г., с цел отчитане постигнатия напредък в изпълнението на проектите по Ос 1 на ОП НОИР 2014-2020. На следващо място се излагат доводи, че акта е издаден в нарушение на чл.73, ал.3 ЗУСЕСИФ, а именно след едномесечния срок, съставляващо самостоятелно основание за отмяна. Отделно от това, според жалбоподателя без мотивиране определения размер на вредата налагането на финансова корекция е незаконосъобразно, тъй като не е доказан един от елементите на фактическия състав. Определеният размер на финансовата корекция е немотивиран и в нарушение на принципа за съразмерност. Не е спазена и установената форма за издаване на акта, като липсват мотиви, фактически и правни основания за издаване на акта. Твърди се, че решението е издадено в нарушение на чл.99, вр. 102 АПК, както и в нарушение на чл.35 АПК. Моли съда да отмени изцяло оспорвания акт. Претендират се разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез юрисконсулт Ц. поддържа жалбата. Подробни съображения относно наличие на всички отменителни основания по чл.146 АПК са развити в подробни писмени бележки.

Ответникът - Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, чрез пълномощника си по делото оспорва подадената жалба и моли съда да я остави без уважение. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение и представя подробни писмени бележки.

СГП, редовно призована не изпраща представител и не взема отношение по жалбата.

Съдът, като взе предвид констатациите в обжалвания акт, становищата на страните и представените по делото доказателства, приема за установено следното:

Между страните не се спори, че жалбоподателят ИНСТИТУТ ПО Р. „СВ. А. И Е. М.“- Б. е бенефициент по Административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.002-0006, наименование на проекта „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска“ /Q./ /л.49-68/.

Съобразно сключения договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициент провел обществена поръчка с предмет „Доставка на специализирано оборудване, необходимо за изпълнението на програмите за научни изследвания на ЦК Q. на територията на ИР-Б., по три обособени позиции“, с уникален номер 002314-2019-0004.

В резултат от проведената процедура са сключени договори, както следва:

1. За обособена позиция № 2 - договор № ЗОП-10/14.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 346 812,00 лв. без ДДС /л.232-237/;

2. За обособена позиция № 3 - договор № ЗОП-9/07.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 77 800,00 лв. без ДДС /л.238-244/.

На 04.01.2021 г., във връзка с приключил одит на операциите по Оперативна програма „НОИР“ 2014-2020 г., обхващащ сертифицираните разходи през периода 01.07.2019 г. - 30.06.2020 г. и отправени препоръки от страна на Одитния орган към Изпълнителна агенция „Одит на средствата на ЕС“ и извършена последваща проверка от ръководителя на управляващия орган на ОП НОИР на открита процедура за доставка с предмет „Доставка на специализирано оборудване, необходимо за изпълнение на програмите за научни изследвания на ЦК Q. на територията на ИР-Б., по три обособени позиции“, с уникален номер 02314-2019-0004 и сключени договори за обособена позиция № 2 - договор № ЗОП-10/14.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 346 812,00 лв. без ДДС; за обособена позиция № 3 - договор № ЗОП-9/07.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 77 800,00 лв. без ДДС по проект BG05M2OP001-1.002-0006 „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска“ /Q./, финансиран от Оперативна програма „НОИР“ са констатирани нарушения. Управляващият орган е описал нарушенията, основателността и размера на финансовата корекция в Писмо № 0901-1/04.01.2021 г. относно констатиране на нередност при възлагане на обществена поръчка за доставка с предмет „Доставка на специализирано оборудване, необходимо за изпълнение на програмите за научни изследвания на ЦК Q. на територията на ИР-Б., по три обособени позиции“, с уникален номер 02314-2019-0004/ по проект BG05M2OP001-1.002-0006 „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска“ /Q./, финансиран от Оперативна програма „НОИР“. Със същото, на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е дадена възможност на бенефициента Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ – Б., в срок от две седмици от получаване на уведомлението, за възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства, с кореспонденция с рег. № BG05M2OP001-1.002-0006-C05- M239/12.01.2021 г. в ИСУН 2020 /л.71-76/.

В законоустановения срок бенефициентът представил възражение изх. № 66/25.01.2021 г. с комуникация рег. № BG05M2OP001-1.002-0006-C05-M240 от 25.01.2021 г. в ИСУН 2020, в което излага аргументи срещу формулираните от УО констатации и възразява срещу основателността и размера на предложената финансова корекция /л.77-82/.

С Решение №0901-1/04.03.2021г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, на основание чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /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, обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г.

и бр. 19 от 2020 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., 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) по засегнатите договори, както следва: за обособена позиция № 2- договор № ЗОП-10/14.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 346 812,00 лв. без ДДС, съответно 416 174,40 лв. с включен ДДС; за обособена позиция № 3- договор № ЗОП-9/07.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 77 800,00 лв. без ДДС, съответно 93 360,00 лв. с включен ДДС. На основание чл. 5, ал. 3 от Наредбата, (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.) максималната стойност на финансовата корекция е: По ОП № 2: 104 043,60 с включен ДДС; По ОП № 3: 23 340,00 лв. с включен ДДС. В решението са изложени подробни мотиви относно констатираните нарушения, както следва: По обособена позиция № 2- по чл. 107, т. 1 и чл. 104, ал. 4 от ЗОП във връзка с чл. 54, ал. 7 и ал. 8 от ППЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 5 от ЗОП, всичко във връзка чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, съставляващо нередност по т. 14, тире първо от Приложение № 1 към чл. 2. ал. 1 на Наредбата; По обособена позиция 3- по чл. 107, т. 2, б. „а“ и чл. 101, ал. 5 от ЗОП във връзка с чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, съставляващо нередност по т. 14, тире първо от Приложение № 1 към чл. 2. ал. 1 на Наредбата, за нередност.

По делото е приетата административната преписка и допълнително ангажираните от страните писмени доказателства.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи: Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73 ал.4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ ръководителят на Управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Процесното решение е издадено от компетентен орган, съгласно приетите по делото заповеди.

При извършената служебна проверка съдът не констатира съществени нарушения на административнопроизводствени правила. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59 ал. 2, т. 4 АПК. Предвид това доводите на жалбоподателя в тази насока са неоснователни.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на управляващия орган, одобрил проекта. Преди издаване на решението, управляващият орган трябва да осигури възможност 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 (чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ). На основание чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представяне на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициера доказателства и направените от него възражения. По делото е бозспорно, че жалбоподателят е уведомен своевременно от УО за резултата от последващия контрол и за стартирането на процедура по налагане на финансова корекция, като е посочена информацията по проверката и приложимата процедура и е извършен правен анализ на установените факти. На бенефициента е предоставен срок за възражения - 14 календарни дни, считано от деня следващ деня на получаване на писмото, който депозирал такива.

Във връзка с довода на жалбоподателя, че решението не е издадено в едномесечния срок, визиран в чл.73, ал.3 ЗУСЕСИФ, съдът намира за нужно да отбележи, че обжалваният акт е с дата 04.03.2021 г., а възраженията са представени на 25.01.2021 г. В случая действително решението е издадено след срока, установен в чл.73, ал.3 ЗУСЕСИФ. Произнасянето на органа след срока по чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ обаче, макар и формално да съставлява нарушение на административнопроизводствените правила, същото не е съществено, защото срокът не е преклузивен, а инструктивен /Решение № 3014 от 13.03.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8861/2016 г., VII о./.

Предвид това допуснатото нарушение не съставлява самостоятелно основание за отмяна на оспорвания индивидуален административен акт.

С оглед изложеното, правото на защита на жалбоподателя не е ограничено и в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които да обосновават незаконосъобразност на постановеното решение.

Относно спазване на материалноправните разпоредби:

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /чл. 1, ал. 1/ се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България. За средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. В раздел III от глава пета от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл. 69, ал. 1 ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2 т. 36 и 38

от Регламент № 1303/2013 /пълното наименование на нормативния акт е Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 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.143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета 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.

По делото не е спорно, че И. ПО Р. „СВ. А. И Е. М.“ при Б. има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент №1303/2013, т. к. участва в усвояването на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, институтът е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Безспорно установено е, че е проведена обществена поръчка с предмет „Доставка на специализирано оборудване, необходимо за изпълнението на програмите за научни изследвания на ЦК Q. на територията на ИР-Б., по три обособени позиции“, с уникален номер 002314-2019-0004. В резултат от проведената процедура са сключени договори както следва: 1.За обособена позиция № 2- договор № ЗОП-10/14.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 346 812,00 лв. без ДДС; 2.За обособена позиция № 3- договор № ЗОП-9/07.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 77 800,00 лв. без ДДС.

Тези факти не са спорни между страните, а спорът се свежда до това, дали жалбоподателят е допуснал посочените в оспореното решение нарушения, съставляващи нередност, обуславяща налагане на финансова корекция.

В решението УО е приел като правно основание за налагане на финансовата корекция чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ- 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. Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. В случая приложима се явява 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 ПМС № 57 Обн. ДВ. бр. 27 от 31.03.2017г., изм. ДВ. бр. 68 от 22.08.2017г., изм. ДВ. бр.67 от 23.08.2019г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06.03.2020 г. Съгласно чл. 1, ал. 1, наредбата се прилага при констатиране на случаите 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 (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 ЗУСЕСИФ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. В чл. 2, ал. 1 е посочено, че нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Финансовата корекция се определя като отмяна на всички или част от публичния принос за дадена операция или оперативна програма чл. 143, ал. 2 от Регламент 1303/2013 г. Целта на налагане на финансовите корекции е определена в чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия да са в съответствие на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Следва да се посочи, че финансова корекция не е санкция. Тя е инструментът, чрез който се цели да се възстанови положението преди извършването на разхода, който е признат за недопустим или незаконосъобразен, т.е. да се поправи причинената вреда. А механизмът за възстановяване на вредата в бюджета на Съюза е чрез отнемане на незаконно придобитата облага и в частност като задължи бенефициента да възстанови сумата, която е придобита в резултат на допуснатата нередност. В

това именно се състои основната разлика между финансовите корекции и налагането на глоби и санкции по националното законодателство. (в този смисъл решение от 26.05.2016г. по съединени дела C-260/14 и C-261-14, решение C-158/08 СЕС, C-341/2013, C-599/13 на СЕС).

Досежно първото нарушение: По обособена позиции № 2- Критерии за подбор, Ръководителят на управляващия орган е приел наличие на нарушение на националното законодателство по обществените поръчки- чл. 107, т. 1 и чл. 104, ал. 4 от ЗОП във връзка с чл. 54, ал. 7 и ал. 8 от ППЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 5 от ЗОП, всичко във връзка чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, произтичащо от действие на възложителя Институт по Р. „С. А. и Е. М.“ при Б. - изразяващо се в неправилно прилагане на заложените критерии за подбор, (за технически и професионални възможности - наличие на персонал с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката), в резултат на което е определен за изпълнител участник, който не отговаря на заложените критерии за подбор, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14 “Критериите за подбор са променени в хода на процедурата, в резултат на което: определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор“ 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 (в сила от 10.03.2020 г.). тире първо от колона „Описание на нередността и примери“. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Съдът намира за доказано констатираното от Ръководителя на управляващия орган нарушение на чл. 107, т. 1 и чл. 104, ал. 4 от ЗОП във връзка с чл. 54, ал. 7 и ал. 8 от ППЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 5 от ЗОП, всичко във връзка чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

В разпоредбата на чл.107, т.1 ЗОП законодателят е заложил, че освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява: кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

Според чл.104, ал.4 ЗОП когато по отношение на критериите за подбор или изискванията към личното състояние на кандидатите или участниците се установи липса, непълнота и/или несъответствие на информацията,

включително нередовност или фактическа грешка, на кандидатите или участниците се предоставя възможност да представят нова информация, да допълнят или да пояснят представената информация. Тази възможност се прилага и за подизпълнителите и третите лица, посочени от кандидата или участника.

В тази връзка в чл.54, ал.7 ППЗОП е визирано, че Комисията разглежда документите по чл. 39, ал. 2 за съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор, поставени от възложителя, и съставя протокол, а според ал.8 когато установи липса, непълнота или несъответствие на информацията, включително нередовност или фактическа грешка, или несъответствие с изискванията към личното състояние или критериите за подбор, комисията ги посочва в протокола по ал. 7 и изпраща протокола на всички кандидати или участници в деня на публикуването му в профила на купувача.

Съгласно чл.67, ал.5 ЗОП Възложителят може да изисква по всяко време след отварянето на заявленията за участие или офертите представяне на всички или част от документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното провеждане на процедурата.

В случая в раздел III. 1.3 от обявлението и т. 3, раздел III.2 от документацията по поръчката е заложено, че участниците по обособена позиция № 2, следва да разполагат с ръководител на екип, ръководил поне една доставка, монтаж и тестване на специализирано оборудване за лабораторна и/или научна дейност и едно обучение за правилната му експлоатация за последните 3 г.

При подаване на офертите изискването се удостоверява с попълване на информация в Част IV „Критерии за подбор“, раздел В: „Технически и професионални способности“ от ЕЕДОП.

При преглед на офертата на изпълнителя по обособена позиция № 2 — [фирма] е установено: В Част IV: „Критерии за подбор“, раздел В: „Технически и професионални способности“ от ЕЕДОП за отговорно за контрола на качеството техническо лице е предложен В.Р., без да са посочени данни за образование, опит и квалификация. В списък на предложените експерти по чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП позицията за ръководител екип е предложено друго лице - К.К., изпълнявало длъжността „инженер“ в „Е. Т. България“ за период по-дълъг от три години и заемащо длъжността мениджър екип в [фирма] от 15.12.2017 г. В списъка с предложените експерти и в останалите документи от офертите на участника липсва информация предложеният ръководител екип К.К. да е ръководил поне една доставка, монтаж и тестване на специализирано оборудване за лабораторна и/или научна дейност и едно обучение за правилната му експлоатация за последните 3 г. В Списъка по чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП по обособена позиция № 2 са посочени две доставки: Доставка на специализирано оборудване с крайна дата на изпълнение 27.08.2018 г. и получател [фирма]; Доставка на специализирано оборудване с крайна дата на изпълнение 30.04.2018 г. и получател [фирма]. В раздел В, част IV от ЕЕДОП

за опита на участника е посочено, че последният е изпълнил доставка на специализирано оборудване с получател [фирма].

При тези данни, съдът намира, че е правилен извода на Р., че в ЕЕДОП и свързаните с опита на участника документи към офертата липсва информация изпълнените доставки със сходен предмет да включват дейности по „доставка, монтаж и тестване на специализирано оборудване за лабораторна и/или научна дейност и едно обучение за правилната му експлоатация за последните 3 г.“. От документите не е видно дали експертът е участвал в изпълнението на доставките и по какъв начин, не е известно дали това е единственият мениджър в компанията и колко лица са изпълнявали подобна длъжност в нея. Предвид това избраният изпълнител с документите към офертата си по обособена позиция № 2 към момента на подаване на офертата не е доказал съответствието си с критерия за опит на предложения ръководител екип в ръководството на една доставка монтаж и тестване на специализирано оборудване за лабораторна и/или научна дейност и едно обучение за правилната му експлоатация за последните 3 г.

С тези си действия Възложителят е нарушил цитираните по-горе чл.104, ал. 4 от ЗОП, както и чл. 54, ал.7 от ППЗОП, предвид въведено задължение на Комисията да разгледа документите за съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор, поставени от възложителя и да състави протокол. В случая, доколкото комисията не е изпълнила задължението по чл. 54, ал. 7 от ППЗОП и не е разгледала представените ѝ документи за съответствие на същите с критериите за подбор, респ. не е установила, че липсва информация в офертата на изпълнителя по обособена позиция № 2 във връзка с поставените от възложителя изисквания, е нарушила и следващата ал. 8 на същия член, като не е уведомила участника за допуснатите несъответствия и нередовности. По този начин на участника не е дадена възможност да бъде допълнена информацията относно опита на експерта. Априори, Комисията не е изпълнила задълженията си по чл. 104, ал. 4 от ЗОП във връзка с чл. 54, ал. 7 и ал. 8 от ППЗОП, във вр. с чл. 67, ал. 5 от ЗОП, а именно не е установила, че липсва информация в офертата на изпълнителя по обособена позиция № 2 във връзка с поставените от възложителя изисквания и съответно не е уведомила участника за допуснатите несъответствия и нередовности, за да му бъде дадена възможност да бъде допълнена информацията относно опита на експерта, а направо е допуснала офертата на участника до по-нататъшно участие в процедурата и като резултат с избрала същият участник за изпълнител, който не е доказал съответствието си с поставените от възложителя критерии за подбор, в нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Правилен е извода на Р., че това от своя страна ограничава възможността на икономическите оператори и/или има разубеждаващ ефект за участие в процедурата и винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда

в бюджета на Съюза. В случай, че комисията бе отразила непълнотите в представения ЕЕДОП и бе изисквала по реда на чл. 54, ал. 7-9 от ППЗОП, прецизирането и представянето на нов ЕЕДОП, можеше да бъде дадена възможност несъответствията да бъдат отстранени от участника. При несъответствие с поставените от възложителя критерии за подбор, офертата на участника- избран за изпълнител [фирма] следва да бъде отстранена, респ. възложителят да избере за изпълнител един от останалите участници по обособената позиция, чиято оферта съответства на поставените критерии за подбор, както и всички останали изисквания на възложителя.

В обжалваното решение ответникът подробно е изложил доводите си защо не приема възраженията на жалбоподателя относно липса на допуснати нарушения по същество.

Така извършеното нарушение на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 14 “Критериите за подбор са променени в хода на процедурата, в резултат на което: определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор“ 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 (в сила от 10.03.2020 г.) тире първо от колона „Описание на нередността и примери“. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Налице са всички съставомерни признаци, като допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатото нарушение е от такова естество, че е създавало предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия за осигуряване на необосновано

предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество.

Предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ, който гласи: „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“. В този смисъл е и чл.3, ал.2 от Наредбата: “Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно – чрез пропорционален метод”. Поради спецификата на конкретното нарушение, безусловно рефлектиращо върху конкуренцията в поръчката, обективно е невъзможно да се определи точен размер на причинената вреда, тъй като не е възможно да се установи кои икономически обекти на пазара не са участвали в проведената от жалбоподателя процедура за възлагане на обществена поръчка, както и каква би била стойността на договора за изпълнение при друг участник. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 2, ал. 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. На посоченото основание по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата в случая законосъобразно органът е определил финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. Следва да се отбележи, че определеният в 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 размер на финансовата корекция за тази установена нередност е фиксиран и няма нормативно предвидена възможност за намаляването му, поради което твърденията на бенефициента за прекомерност са неоснователни.

По отношение на второто нарушение: По обособена позиция 3, Ръководителят на Управляващия орган приел наличие на нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки: чл. 107, т. 2, б. „а“ и чл. 101, ал. 5 от ЗОП във връзка с чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, всичко във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, произтичащо от действие на възложителя Институт по Р. „С. А. и Е. М.“ при Б.- изразяващо се в неправилно приложена техническа спецификация по обособена позиция № 3, в резултат на което е определен за изпълнител участник, чиято оферта не отговаря на минималните технически изисквания на възложителя, заложи в техническата спецификация, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, респективно чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ 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 (в сила от 10.03.2020

г.), тире първо от колона „Описание на нередността и примери“. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Съгласно сочената за нарушена норма на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява: участник, който е представил оферта, която не отговаря на: предварително обявените условия за изпълнение на поръчката.

Според новелата на чл. 101, ал. 5 от ЗОП при изготвяне на заявления за участие или оферти всеки кандидат или участник трябва да се придържа точно към обявените от възложителя условия.

Съгласно чл. 39, ал. 3, т. 1, б. “б“ от ППЗОП Офертата включва: 1. техническо предложение, съдържащо: предложение за изпълнение на поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя.

В случая, Ръководителят на Управляващия орган е установил, че в Условието в т. 2.1., буква „б“ и т. 2.2, буква „в“, раздел IV от документацията по поръчката участниците следва да представят предложение, което съответства на изискванията в техническите спецификации, като характеристиките на доставяното оборудване задължително трябва да съдържат всички основни характеристики на предвиденото за доставка оборудване. В техническата спецификация по обособена позиция № 3 възложителят е поставил следните минимални изисквания: предложената Преса до 200 т. следва да има височина до 2500 mm, ширина на масата не по-малко от 700 mm и общо тегло на самата преса не по-голямо от 1100 kg; специализираната бормашина и стенд за подготовка на образците за лабораторни изследвания трябва да има размер на работната повърхност не по-малък от 500 x 550 mm.

При преглед на офертата на избрания изпълнител [фирма] по обособена позиция № 3 е установено: предложена е Преса до 200 т., която има по-големи от максимално допустимите височина и тегло - а именно височина - 2700 mm, вместо изискуемата от възложителя до 2500 mm, и тегло 1370 kg, вместо изискуемите от възложителя максимум 1100 kg. Предложеното оборудване има и широчина на масата 690 mm, която е по-малка от заложената от възложителя минимум от 700 mm; предложена е специализирана бормашина и стенд с размер на работната повърхност 505x540 mm, който с по-малък от изискуемия от възложителя минимум от 500 x550 mm.

При тези данни, е правилен извода на Ръководителя на Управляващия орган, че офертата на участника, избран за изпълнител, не отговаря на минималното условие на възложителя предложеното оборудване да отговаря на изискуемите в техническите спецификации параметри и размери. Изискванията в техническата спецификация са задължителни за потенциалните участници и същите съгласно чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП (в приложимата редакция изм. ДВ. бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г.) подлежат на отстраняване от участие в процедурата, ако представят оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. В случая вместо да бъде

отстранен участникът, чиято оферта не отговаря на горепосочените минимални технически изисквания на възложителя, заложи в техническата спецификация по ОП 3, участникът е избран за изпълнител. Така в резултат на неправилно приложена техническа спецификация по обособена позиция № 3 е избран за изпълнител участник, който е следвало да бъде отстранен, с което е нарушен принципът за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, заложен в чл. 2. ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП е императивна и законодателят не е предвидил да се приемат, разглеждат и класират оферти с отклонение от заложените изисквания. Ирелевантно е дали доставеното оборудване отговаря на нуждите на Възложителя, респ. е доставен уред, който функционално може да изпълни заложените в научната програма по проектна дейност цели. Това представлява нарушение на правилата за избор на изпълнител по ЗОП. В случай, че комисията бе отстранила този участник, чиято оферта не отговаря на минимални технически изисквания на възложителя, заложи в техническата спецификация по обособена позиция № 3, резултатът е прекратяване на поръчката на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП, доколкото по обособената позиция е подадена само една оферта - тази на участника, избран за изпълнител [фирма]. Последното би дало възможност на възложителя за повторното ѝ обявяване, което би довело до потенциална възможност за получаване на повече оферти, които да съответстват на минимални технически изисквания на възложителя, заложи в техническата спецификация.

С оглед изложеното доводите на жалбоподателя по същество на нарушението се явяват неоснователни.

Налице са всички елементи от фактическия състав на нередността по т. 14, тире първо от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, а именно техническите спецификации след отварянето на офертите са приложени неправилно, в резултат на което участникът, избран за изпълнител, не отговаря на минималното условие на възложителя предложено оборудване да отговаря на изискуемите в техническите спецификации. За посочената нередност е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Предвид естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като чрез неправилно приложена техническа спецификация е избран за изпълнител участник, който не отговаря на изискванията на възложителя, като избраният за изпълнител е поставен в привилегировано положение спрямо останалите участници и потенциалните участници и/или заинтересовани икономически оператори, включително и тези, които не са подали оферти. Поради това размерът на финансовата корекция по обособена позиция № 3 на поръчката, по които е установено горепосоченото нарушение, се определя по пропорционалния метод на основание чл. 2, ал. 1 и чл. 5 от Наредбата, а именно финансова корекция в размер на 25 на сто от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските

структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) за обособена позиция № 3- договор № ЗОП-9/07.06.2019 г. с изпълнител [фирма] на стойност 77 800,00 лв. без ДДС.

Във връзка с довода на жалбоподателя, че при извършени всички предварителни проверки от ОУ не са установени никакви нарушения на законодателството в областта на обществените поръчки, в резултат на което поисканите средства са верифицирани и платени, както и сертифицирани от друг независим орган, поради което липсвало основание УО да преразглежда свои решения за верификация, съдът намира за нужно да отбележи следното: Верифицираните и сертифицираните разходи по посочената процедура, качествено и срочно изпълнение на сключените по нея договори не представляват пречка за извършването на последваща проверка за законосъобразност на проведения избор на изпълнител от страна на Управляващия орган. УО на ОП НОИР осъществява контрол върху изразходването на средства по програмата, прилагайки установения от Европейската комисия и Одитния орган подход за контрол на процедурите за избор на изпълнител по реда на ЗОП. Съгласно чл.9, ал.5, изр.1 ЗУСЕСИФ управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Липсва забрана за извършване на последваща проверка от Р., като фактът, че разхода вече е верифициран и/или сертифициран не също не съставлява пречка за това. Неустановяването на нередността на етапа на стартиране на процедурата или на по-късен етап, принципно не санира "нередността", обусловена от поведението на възложителя на поръчката, ако такава е налице. "/. Контролът и в частност – администриране на нередности, са предмет на самостоятелна Глава пета от ЗУСЕСИФ, приложима и за производството по Глава четвърта, като съгл. чл. 9, ал. 1 ЗУСЕСИФ - Органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи. Предвид това наведените от жалбоподателя аргументи в тази насока са неоснователни.

Във връзка с нарочния довод на жалбоподателя, относно липса на доказаност на съществен елемент от нередността, а именно вредата, съдът отново намира за нужно отново да подчертае, че видно от самата дефиниция за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, такава може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. В конкретната хипотеза е проведена обществена поръчка, приключила с възлагане на дейности на избрания изпълнител, за заплащането на които се разходват средства от Европейските фондове. Провеждането на поръчката при посочените нарушения на националното законодателство, обосновава извод за незаконосъобразно разходване на тези средства. Логиката на закона е, че ако възложителят не беше допуснал установените от административния орган

нарушения, общите разходи по финансиране на дейностите биха били по-ниски, а оттам и разходите за Европейския съюз биха били по-малки. С други думи, липсата на реално изчислена вреда не обосновава извод за липса на финансово отражение на нарушението върху бюджета на общността в хипотеза на вероятност от увреждане.

На следващо място, настоящият състав намира, че административният акт е издаден и при съобразяване с целта на закона. Съгласно чл. 2, ал. 1 ЗУСЕСИФ средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициента и при осигуряването на публичност и прозрачност. Допуснатите нарушения на ЗОП в случая са в противоречие с целта на ЗУСЕСИФ.

Предвид изложеното, настоящият състав намира обжалваното решение за правилно, законосъобразно и издадено съобразно административнопроизводствените правила, поради което следва жалбата да се отхвърли като неоснователна.

При този изход на спора и своевременно направеното от процесуалния представител на ответника искане за разноски по правилата на чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ такива следва да се присъдят в размер на 150 лева.

Така мотивиран, Административен съд – София град, Трето отделение, 73-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ИНСТИТУТ ПО Р. „СВ. А. И Е. М.“ - Б. срещу Решение №0901-1/04.03.2021г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020.

ОСЪЖДА ИНСТИТУТ ПО Р. „СВ. А. И Е. М.“ - Б. да заплати на Изпълнителна агенция „ОПЕРАТИВНА ПРОГРАМА „НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ ЗА ИНТЕЛИГЕНТЕН РАСТЕЖ“ 2014-2020г. юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 /сто и петдесет/ лева.

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

СЪДИЯ:

