

РЕШЕНИЕ

№ 4427

гр. София, 29.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 31.03.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Евгения Стоичкова, като разгледа дело номер **11996** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано след отменително решение на ВАС и връщане на дело № 2731/2020г по описа на АССГ за ново разглеждане, с указание за излагане на мотиви относно приетите фактически установявания, възраженията на страните и доказателствата по делото. При разглеждане на жалбата на СУ „К. О.“ срещу Решение за налагане на финансова корекция № РО1-4 от 18.02.2020г. на ръководителя на УО на ОП „ Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 /Р. на ОП НОИР/, с което на СУ „К. О.“ като бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0004 с наименование „Университетиза наука, информатика и технологии в е-обществото „ е наложена: финансова корекция в размер на 25% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договори : № 80.09-94/21.06.2019г., сключен с [фирма] / обособена позиция № 2/ и № 80.09-92/21.06.2019г., сключен с [фирма] / обособена позиция № 3/ общо в размер на 12775.03лв.

В съд.заседание чрез проц.представител адв. О., жалбоподателя поддържа жалбата си . Изтъкват се аргументи за незаконосъобразност на оспореното решение за налагане на ФК в съд.заседание и в писмени бележки . Моли да се отмени изцяло Решение за налагане на финансова корекция № РО1-4 от 18.02.2020г. на ръководителя на УО на ОП „ Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и се присъдят разноски по делото.

Ответника се представлява от юриск.М.,която счита че решението за правилно и

законосъобразно и моли да се отхвърли подадената от СУ „К. О.“ жалба срещу него. Поддържа аргументите изложени в отговора на жалбата и представя писмени бележки 07.04.2022г с допълнителни доводи , относно възраженията на жалбоподателя при новото разглеждане на делото.Претендира юриск.възнаграждение и прави възражение за прекомерност на адв.хонорар ,заплатен от жалбоподателя.

Фактическите установявания ,дали основание за издаване на оспореното решение са подробно изложени в същото,както и от адм.съд при първоначалното разглеждане на делото. ВАС също не е установил необходимост от установяване на нови факти , поради което и не е дал указания в тази насока.

Спора е правен и се свежда до това дали ли е нарушение на чл.107 т.2 б.„а“ от ЗОП респ. правилно ли е квалифицирано нарушението като нередност по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ ,както и правилно ли е определен размера на корекцията.

Безспорно е ,че съгласно чл.73 от ЗУСЕСФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Това решение е индивидуален адм.акт и подлежи на самостоятелно оспорване съгл.чл.27 от ЗУСЕСИФ.

При това оспорване,съдът е задължен от нормата на чл.168 от АПК да извърши проверка за законосъобразност на оспорения акт на всички основания по чл.146 от АПК т.е да прецени дали съответния акт е издаден от компетентен орган в предвидената от закона форма и при правилно приложение на материалния и процесуалния закон, както и дали акта съответства на целта на закона, независимо от посочените в жалбата обстоятелства.

Съгласно чл.9, ал.5, изр. второ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая процесното решение е издадено от оправомощено лице в рамките на делегираната му компетентност при посочване на фактическите и правните основания за определяне на финансовата корекция. На основание параграф 5 т.4 от ДР на ЗУСЕСИФ, законът се прилага за финансовата подкрепа по програмите за европейско териториално сътрудничество, доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях европейско, законодателство и в сключените между държавите договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Р България по отношение на категориите нередности и стойността на процентните показатели, определени в ЗУСЕСИФ и в акта по чл.73 ал.1 вр. 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 ЗУСЕСИФ / в редакцията от 23.08.2019г / .

Твърдението на жалбоподателя, че не е налице нарушение на чл.107 т.2 б „а“ от ЗОП при сключване на договорите по съотв.обособени позиции № 2 и № 3 от договора за предоставяне на БФП №№ BG05M2OP001-1.001-0004 с наименование „Университетиза наука,информатика и технологии в е-обществото „ не намира законодателна опора. Съгласно цитираната разпоредба , възложителя отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. Разпоредбата е императивна и не подлежи на

преценка на възложителя при какви отклонения от офертата може да отстрани или да не отстрани участник. В случая жалбоподателя не твърди ,че не е налице отклонение от предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. Нещо повече , освен от комисията назначена от възложителя по чл.103 от ЗОП ,наличието на отклонения от първоначално зададените параметри на доставените стоки е установено безспорно и чрез назначена СТЕ при първоначалното разглеждане на жалбата по дело № 2731/20г на АССГ. Дали са съществени или несъществени установените отклонения ,вещото лице не е компетентно да установи,а и Комисията по чл.103 от ЗОП има задължението да установи наличието на отклонения ,но не и да ги квалифицира като съществени или несъществени. Ако се допусне ,че комисията има право да преценява при какви отклонения от първоначално заявените изисквания към поръчката може да отстрани участник или да приеме като редовна офертата му , то тогава субективната преценка на комисията ще наруши принципа на равнопоставеност и предвидимост . Основателно ответника е преценил ,че подхода на назначената от възложителя комисия при оценяване на предложенията е неправилен , тъй като в случай, че на всички потенциални участници по процедурата бе известно каква свобода на преценка ще прилага комисията, а именно че няма да търси техническа документация или линк за потвърждаване на офертираното от участниците в техническите им предложения и нещо повече, че ще счита изискванията в техническите спецификации само като ориентировъчни и ще допуска до оценка, класиране и избор на изпълнител и участници с отклонения в офертираното в сравнение с изискванията на възложителя, то вероятно биха се получили много повече оферти по ОП № 2 и № 3 на поръчката и би се стигнало до избор на други участници за изпълнители. Вероятността ,други потенциални участници да предложат на възложителя икономически най-изгодна оферта, съответно по ОП № 2 и ОП № 3 на поръчката, офертирайки оборудване с близки до изискуемите технически параметри би била по-голяма и би разширила кръга на потенциалните участници .

Предвид изложеното правилно УО е приел, че от страна на възложителя е нарушен чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП, тъй като е допуснат участник, чиято оферта не отговаря на предварително обявените от възложителя условия, за което същият е следвало да бъде отстранен на основание чл. 107, т. 2. б. „а“ ЗОП. Неприлагането на условията на поръчката и по-конкретно на техническата спецификация се явява в обективно нарушение на принципите за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, залегнали в чл. 2, ал. 1, т. 1 ЗОП.

Неоснователно е твърдението на жалбоподателя ,че не е допуснал нарушение на общностното право,произтичащо от нарушение на разпоредбите на ЗОП. Правилна е направената от УО квалификация на нередността по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“. Тук следва да се отбележи ,че приложение в конкретния казус следва да намерят разпоредбите на Наредбата ,които са били в сила към момента на установяване на нарушението ,а не към момента на извършването му ,тъй като нормата е процесуална и действа занапред.Освен това съгл.чл.142 ал.1 от АПК ,законосъобразността на акта се преценява към момента на издаването му и доколкото на съдебен контрол подлежи решение на УО по ОП“НОИР“ по чл.73 от ЗУСЕСИФ , то приложимата правна регламентация е тази цитирана в оспореното решение. Безспорно е ,че при промяна на критериите за подбор или техническите

спецификации след отварянето на офертите се нарушават принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП.

Твърдението на жалбоподателя, че двете токозахранващи устройства, доставени по обособена позиция № 2 на разглежданата поръчка, както и сървърния шкаф, доставен по обособена позиция № 3 на поръчката се ползват за целите на проекта, по който са финансирани е ирелевантно по същество, доколкото липсва такава констатация в оспореното решение по чл.73 от ЗУСЕСИФ.

Относно възражението на жалбоподателя, че наличието на вреда за бюджета на ЕСИФ, която да е в причинна връзка с нередността не следвало да се обосновава с практиката на СЕС или създадени от законодателя презумпции за евентуална вреда за бюджета на ЕС, съдът намира следното :

Дефиницията за нередност се съдържа в чл.2 (36) Регламент № 1303/2013 (съответно чл. 2 / 7 Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент № 1303/2013), съгласно които "нередност" е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза. Следователно при определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като "нередност" следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1. доказано нарушение на разпоредба на съюзното право, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект /оператор/; 2. нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан/неправомерен разход в общия бюджет или вероятност за настъпване на такава вреда и 3. причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно разпоредбата на чл.70, ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно българският законодател приел, че всяко от посочените в чл.70, ал.1 от ЗУСЕСИФ основания води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като води до отчитането на неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет и това е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.

Неоснователни са доводите на жалбоподателя за липса на елементите на понятието за нередност. СУ „К. О.“ / а не ректора на Университета, каквито са твърденията на жалбоподателя/ като страна по договор за безвъзмездна финансова помощ е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на финансови средства от европейските фондове и е допуснало нарушение на националното право по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ. Елемент от фактическия състав на нередността е условието нередността да има или да би имала като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. Правилна е дадената правна квалификация на нередността по т.14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - „Критериите за подбор или

техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ ,както и правилно е определен размера на корекцията. В оспорения акт УО е изложил мотиви за наличието на финансово отражение на нарушението, както и мотиви за определяне на размера на финансовата корекция,противно на твърденията на жалбоподателя в жалбата . В случая, с оглед на характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата. Затова, когато финансовото изражение на нарушение, представляващо нередност, не може да бъде точно определено, законодателят е допуснал прилагането на пропорционалния метод за определяне на размера на вредата - чл. 5, ал. 1 от Наредбата. Управляващият орган законосъобразно е определил финансова корекция в размер на общо 25 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договорите с № 80.09-94/21.06.2019г., сключен с [фирма] / обособена позиция № 2/ и № 80.09-92/21.06.2019г., сключен с [фирма] / обособена позиция № 3/ общо в размер на 12775.03лв.

Предвид изложеното ,съдът намира жалбата на СУ „К. О.“ срещу Решение за налагане на финансова корекция № РО1-4 от 18.02.2020г. на ръководителя на УО на ОП „ Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 за неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

При този изход от процеса жалбоподателя дължи заплащане на юрисконсулско възнаграждение на осн.чл.143 ал.3 от АПК в полза на ответника ,тъй като последния е бил представляван от юрисконсулт ,за двете съдебни инстанции / АССГ и ВАС/ в размер на общо 400лв / или по 200лв за съдебна инстанция/.

Водим от горното ,съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на СУ „К. О.“,представляван от ректора проф.А. Г. срещу Решение за налагане на финансова корекция № РО1-4 от 18.02.2020г. на ръководителя на УО на ОП „ Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което на СУ „К. О.“ като бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.001-0004 с наименование „Университетиза наука,информатика и технологиив е-обществото „ е наложена: финансова корекция в размер на 25% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договори : № 80.09-94/21.06.2019г., сключен с [фирма] / обособена позиция № 2/ и № 80.09-92/21.06.2019г., сключен с [фирма] / обособена позиция № 3/ общо в размер на 12775.03лв. като неоснователна

ОСЪЖДА Министерство на правосъдието да заплати по сметка на АССГ сумата 735.04лв – държавна такса за образуване на делото

ОСЪЖДА СУ „К. О.“,представляван от ректора проф.А. Г. да заплати на Изпълнителна Агенция „Програма за образование“ сумата 400лв - юрисконсулско възнаграждение за двете съдебни инстанции / АССГ и ВАС/

Решението подлежи на обжалване пред ВАС в 14 дневен срок от съобщението на страните

СЪДИЯ: