

# РЕШЕНИЕ

№ 1017

гр. София, 21.02.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,**  
в публично заседание на 05.07.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Христо Минев**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разгледа дело номер **3010** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Образувано е производство по жалба на **НАЦИОНАЛНИЯ ДИАГНОСТИЧЕН НАУЧНОИЗСЛЕДОВАТЕЛСКИ В. ИНСТИТУТ (Н.)**, **БУЛСТАТ[ЕИК]**, представлявано от доц.д-р **Е. И.** - Директор, с адрес [населено място] 1606, [улица], срещу Решение от №16-2/26.02.2021г. на ръководителя на Управляващия орган на „Оперативна програма“ „Наука и образование за интелигентен растеж“/ОП НОИР/, в частта му с която е определена финансова корекция в размер на 10% от 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 договор:

ОП 5 Договор №19 от 04.05.2020г. с [фирма] на стойност 24998.00лева без ДДС и 29997.60лв с ДДС; и финансова корекция в размер на 25% от 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 договори:

ОП 1 Договор №17 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 6588.00лева без ДДС и 7905.60лева с ДДС;

ОП 2 Договор №13 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 2622.00лева без ДДС и 3146.40лева с ДДС;

ОП 3 Договор №18 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1656.00лева без

ДДС и 1987.20лева с ДДС;

ОП 4 Договор №11 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1510.33лева без ДДС и 1812.40лева с ДДС;

ОП 6 Договор №10 от 07.04.2020г. с [фирма] на стойност 259900.00лева без ДДС и 311880.00лева с ДДС;

ОП 7 Договор №12 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 13113.44лева без ДДС и 15736.13лева с ДДС;

Сключени в резултат на проведена от Национален диагностичен научноизследователски ветеринарномедицински институт обществена поръчка с предмет „Доставка на апаратура за нуждите на Н. по проект „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“, финансиран по административен договор № BG05M2OP001-1.002-0001-C01 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, включваща седем обособени позиции.

Жалбоподателят твърди, че оспореният акт е незаконосъобразен, като издаден в противоречие с материалния закон и при несъответствие с целта на закона.

По отношение на т.І. „Ограничителен критерий за подбор“, се твърди, че липсват такива в проведената обществена поръчка. Твърди се че такава нередност не е доказана от УО.

По отношение на т. II. „Налице е участник определен за изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя“: Твърди се, че УО без да разгледа депозираните от жалбоподателя писмени възражения по чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ изложени в писмо изх.№ РД 06-075/17.02.2021г. от Н. е преповторил твърденията изложени в писмото за стартиране на производство по определяне на финансова корекция. Изразява се становище, че участниците в консорциума „Л. Диагностик“ Д. отговарят солидарно за задълженията възникнали във връзка със съвместната дейност. Твърди се че законът не поставя ограничение взаимоотношенията между участниците да бъдат уредени по този начин, а именно, че ще изпълняват всички дейности заедно, отговаряйки солидарно. Твърди се че по обособени позиции №№1,2,3,4 и 7 от обществената поръчка за доказване на съответствие с поставения критерий за подбор на участниците да разполагат със сервизна база, необходима за осигуряване на пълно сервизно обслужване и за извършване на гаранционно обслужване и поддръжка на доставената апаратура изпълнителят по тях е представил договор между 4лабор „Диагностик“ Д. и [фирма], озаглавен „Договор за извършване на гаранционна поддръжка № 1/30.03.2020г., където „Л. Диагностик“ Д. е Възложител, а [фирма] е Изпълнител. Твърди се че неправилно УО е направил извод, че [фирма] в конкретния случай се явява подизпълнител. Твърди се че действията на възложителя не могат да бъдат квалифицирани като „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка“ по смисъла на т.16 от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата.

По отношение на т. III. „Използване на условия за изпълнение на поръчката, които са дискриминационни на базата на необосновани национални изисквания“. Твърди се заключението на УО в тази насока също е неправилно и отново не се взети предвид депозираните възражения от жалбоподателя. Оспорва се заключението, че изискването участниците да притежават и да представят оторизационно писмо /пълномощно/ от производителя на предлаганата апаратура и съпътстващото

оборудване за територията на Р България, за оправомощаване за участие в обществена поръчка и/или за продажба на продукта в Р България, валидно за срока на поръчката, когато участникът не е производител е ограничително на база необосновани национални изисквания, поради което заинтересованите лица са възпрепятствани да вземат участие в процедурата.

По отношение на т. IV „Налице е участник, определен за изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя“: Твърди се че УО неправилно е приел, че към техническите предложения на участника по обособени позиции №№1,2,3,4 и7 „Л. Диагностик“ Д. действията на възложителя могат да се квалифицират като „Недостатъчна документална проследимост/одитна пътека/ за възлагането на обществената поръчка“ по см. На чл.16 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.

Твърди се че заключението на УО е неправилно, тъй като оторизационните писма на фирма [фирма] не съдържат забрана за преупълномощаване на трети лица.

Формулирано е искане за отмяна на атакуваното решение в цялост като незаконосъобразно, поради противоречие с материалноправните разпоредби и отделно от това като несъответстващо с целта на закона. В с.з. не изпраща представител.

Ответникът – Ръководителя на управляващия орган Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, се представлява от ю.к. М., която оспорва жалбата, сочи, че решението е законосъобразно и изцяло съобразено с условията за кандидатстване по процедурата. В съдебно заседание се претендират разности за юрисконсултско възнаграждение.

Софийска Градска прокуратура изпраща представител в с.з. прокурор Михаела Николаева, която по същество изразява становище, че жалбата следва да бъде оставена без уважение, като същата е недоказана и неоснователна. Моли да бъде потвърдено атакуваното решение.

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

Административния договор за безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.002-0001 „Фундаментални, транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“ по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие по Приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“ на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., с бенефициенти:

- Национален център по заразни и паразитни болести,
- Институт по Микробиология „С. А.“ към Българска Академия на Науките,
- Национален Диагностичен Научноизследователски Ветеринарно Медицински Институт,
- Медицински институт към Министерство на Вътрешните Работи.

Националният диагностичен научноизследователски ветеринарномедицински институт, в качеството му на възложител е провел открита процедура съгласно чл.20 ал.1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ с уникален номер в Р.: 05372-2019-0004 с предмет „Доставка на апаратура за нуждите на Н. по проект „Фундаментални,

транслиращи и клинични изследвания в областта на инфекциите и инфекциозната имунология“, финансиран по административен договор № BG05M2OP001-1.002-0001-C01 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, включваща седем обособени позиции, в резултат на която са сключени договори по тези обособени позиции.

Обявлението за поръчка е с № РД 06-632/02.12.2019г.

С Решение №РД 10-33/09.03.2020г. са били определени изпълнителите, като оферта на „Л. Диагностик“ Д. е избрана за изпълнител по обособени позиции №№1,2,3,4 и 7, оферта на [фирма] е избрана за изпълнител по обособена позиция №5 и с оферта на [фирма] е избрана за изпълнител по обособена позиция №6.

Обособените позиции са както следва:

- 1 Обособена позиция №1 - Конвекционален градиентен Р. апарат с 96 ямков блок
- 2 Обособена позиция №2 - Система за електрофореза със захранващо устройство
- 3 Обособена позиция №3 - Центрофуга
- 4 Обособена позиция №4 – UV трансилюминатор
- 5 Обособена позиция №5 – Апарат за хемилуминисцентна фотодокументация
- 6 Обособена позиция №6 – Секвенатор на ново поколение, за *de novo* секвениране на малки геноми и таргетно секвениране с цел диагностика
- 7 Обособена позиция №7 – Микроскоп

За така описаните позиции са били сключени и съответните договори както следва:

ОП 1 Договор №17 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 6588.00лева без ДДС и 7905.60лева с ДДС;

ОП 2 Договор №13 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 2622.00лева без ДДС и 3146.40лева с ДДС;

ОП 3 Договор №18 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1656.00лева без ДДС и 1987.20лева с ДДС;

ОП 4 Договор №11 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1510.33лева без ДДС и 1812.40лева с ДДС;

ОП 5 Договор №19 от 04.05.2020г. с [фирма] на стойност 24998.00лева без ДДС и 29997.60лв с ДДС;

ОП 6 Договор №10 от 07.04.2020г. с [фирма] на стойност 259900.00лева без ДДС и 311880.00лева с ДДС;

ОП 7 Договор №12 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 13113.44лева без ДДС и 15736.13лева с ДДС;

Представено е било искане за плащане с пакет отчетни документи №7 от 02.12.2020г. в ИСУН 2020 и при проверка на възложената обществена поръчка и сключените договори са били констатирани четири нарушения. Същите са посочени в писмо №16-2/03.02.2021г. за стартиране на производство по определяне на финансови корекции, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег.№ BG05M2OP001-1.002-0001-C04- M159 от 04.02.2021г.

Депозирано е било от жалбоподателя Възражение №РД06-075/16.02.2021г. по предложените с писмо финансови корекции, получено чрез деловодството на ИА ОП НОИР с вх.№ 09-12/17.02.2021г., с което са приложени и документи.

Нарушенията са описани като наличие на ограничително изискване, както следва:

Първо констатирано нарушение: „Ограничителен критерий за подбор“ - в обявлението за обществената поръчка, раздел III, секция III.1.3. Технически и професионални

възможности, възложителят е поставил изискване към участниците за всяка една обособена позиция на обществената поръчка:

„Изисквано минимално/ни ниво/а:

До участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка се допуска участник който:

Участникът следва да разполага със сервизна база, необходима за осигуряване на пълно сервизно обслужване и за извършване на гаранционно обслужване и поддръжка на доставената апаратура и съпътстващото е оборудване към момента на сключване на договора за възлагане на обществената поръчка.

Участникът декларира изпълнението на поставеното от възложителя изискване като попълни част IV „Критерии за подбор“, раздел В „Технически и професионални способности“, „Инструменти, съоръжения или техническо оборудване“ от еЕЕДОП с посочване на информация и адрес на сервизна база.“

Същото изискване е поставено и в документацията за участие в обществената поръчка, раздел IV Критерии за подбор на участниците. Минимални изисквания и документи за доказване:

Установено е нарушение по чл.2 ал.1 т.1 и т.2 и ал.2 и чл.59 ал.2 изр.второ и трето от ЗОП /установено по ОП №№1,2,3,4,5,6 и 7 от разглежданата поръчка/, което съставлява 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 от настоящото предложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС №57/28.03.2017г., посл.изм. и доп., ДВ.,бр.19 от 6 март 2020г.

За нарушението, установено по обособени позиции ОП №№ 2,4,6 и 7 на поръчката, УО е определил финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по тези обособени позиции.

Съответно по обособена позиция ОП №1,3 и 5 на поръчката , УО е определил финансови корекции в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по тези обособени позиции.

Второ констатирано нарушение: „Налице е участник определен за изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя“ – в представените за членовете на обединението документи участникът „Л. Диагностик“ Д., избран за изпълнител по обособени позиции №№1,2,3,4 и 7 не е декларирал никаква информация, която да даде възможност на назначената от възложителя комисия да прецени, кой от участниците в обединението ще извърши съпътстващите изпълнението предмета на поръчката дейности по монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала и гаранционно обслужване и поддръжка на търсената от възложителя апаратура, която информация участникът е следвало да декларира в съответствие с изискванията на възложителя и съобразно чл.67 ал.1 изр.второ от ЗОП. Помощната комисия на възложителя е следвало да анализира несъответствието в така представената

информация и да изиска допълнително представяне от участника „Л. Диагностик“ Д. на информация, кой ще извърши дейностите по монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала и гаранционно обслужване и поддръжка на апаратурата за да установи всички ли дейности от предмета на поръчката смята да изпълни участника, съответно каква част от поръчката ще изпълни самият участник, защото при установяване на данни за използване на подизпълнител следва да се спазят изискванията на чл.66 и чл.67 от ЗОП.

На етап сключване на договор, в противоречие с декларираното в ЕЕДОП от обединението и участниците в него, че няма да ползват капацитета на други субекти, за да изпълнят критериите за подбор и че не възнамеряват да възложат на трети страни изпълнението на част от поръчката, участникът е представил договор между „Л. Диагностик“ Д. и [фирма] за извършване на гаранционна поддръжка №1/30.03.2020г., от съдържанието на който се установява, че именно трето лице [фирма], което разполага със собствена сервизна база в [населено място], ще изпълни и ще бъде отговорно за гаранционното обслужване и поддръжка на апаратурата. Следователно то се явява подизпълнител на избора за изпълнител участник, тъй като не предоставя като ресурс сервизната си база, а изпълнява част от придружаващите предмета на поръчката дейности, т.е. изпълнява този дял от предмета на поръчката, свързан с гаранционното обслужване и поддръжка на апаратурата.

Когато изпълнителят предлага изпълнение на предмета на поръчката съвместно с друг икономически оператор, последният се явява негов подизпълнител и за него трябва да са налице предвидените в чл.66 ал.1 и ал.2 от ЗОП изисквания – да е посочен в офертата като подизпълнител, да е посочен дялът от поръчката, който ще му бъде възложен, да представи доказателства за поетите от подизпълнителя задължения, да отговаря на критериите за подбор съобразно вида и дела на поръчката, който ще изпълнява, да не са налице по отношение на него основания за отстраняване, което не е било сторено в настоящия случай.

Установено е било нарушение на чл.121 ал.1 и ал.2 от ЗОП и чл.98 ал.1 т.7 от ППЗОП, вр. чл.112 ал.1 т.2 и ал.2 т.2 от ЗОП, вр. чл.37 ал.4 т.3 от ППЗОП и чл.67 ал.1 и ал.2 от ЗОП, всичко във връзка с чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП. Нарушението е квалифицирано по т.16 „Недостатъчна документална проследимост /одитна пътека/ за възлагането на обществената поръчка“, б.“а“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. За нарушението установено по обособени позиции ОП №№1,2,3,4 и 7 на поръчката УО е определил финансови корекции в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по тези обособени позиции.

**Трето констатирано нарушение:** „Използване на условия за изпълнение на поръчката, които са дискриминационни на базата на необосновани национални изисквания“.

В т.1.8 от Раздел II. Изисквания към изпълнението. Технически спецификации: - част от документацията за участие, извън техническите параметри на апаратурата по съответните обособени позиции, възложителят е поставил допълнителни изисквания към участниците, които е определил като „изисквания към изпълнението“, а именно:

„1.8 Освен условията, посочени в Техническите спецификации за съответната обособена позиция, участниците следва да отговарят и на следните допълнителни изисквания:

Участниците следва да притежават и да представят оторизационно писмо /пълномощно/ от производителя на предлаганата апаратура и съпътстващото оборудване за територията на Р България, за оправомощаване за участие в обществената поръчка и/или за продажба на продукта в Р България, валидно за срока на поръчката, когато участникът не е производител.“, което е ограничително на база необосновани национални изисквания.

Установеното е нарушение на чл.2 ал.2 от ЗОП и чл.39 ал.2 т.1 б.“ж“ от ППЗОП, вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП – установено по ОП №№1,2,3,4,5,6 и7 от разглежданата поръчка, т.е. по всички обособени позиции на поръчката, което представлява нередност по т.10 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национали, регионални или местни изисквания“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. На основание т.10 б“а“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, УО е определил финансови корекции в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по обособени позиции №2, №4, №6 и №7 на поръчката.

На основание т.10 б“б“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, УО е определил финансови корекции в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по обособени позиции №1, №3 и №5 на поръчката.

**Четвърто констатирано нарушение:** „Налице е участник, определен за изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя“.

Възложителят на поръчката е поставил изрично изискване в

документацията за участие, Раздел II., т.1.8 „Участниците следва да притежават и да представят оторизационно писмо/пълномощно/ от производителя на предлаганата апаратура и съпътстващото оборудване ....“, без да допуска възможност тези оторизационни писма да бъдат издадени от лице, различно от производителя на предлаганата апаратура. При проверка на документацията свързана с възлагането на обособените позиции на процедурата, УО на ОП НОИР е установил, че представените оторизационни писма в офертите на участника „Л. Диагностик“ Д., избран за изпълнител по обособени позиции №1, №2, №3, №4 и №7 на поръчката не са издадени от производител, каквото е било изискването на възложителя, а от трето лице – [фирма].

Установеното по отношение на чл.121 ал.1 и 2 от ЗОП, вр. чл.39 ал.3 б.“ж“ от ППЗОП, вр. чл.107 т.1 от ЗОП, всичко във вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП, което представлява нередност по т.16 „Недостатъчна документална проследимост /одитна пътека/ за възлагането на обществената поръчка“, б.“а“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата. Поради това са били определени финансови корекции в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по обособени позиции №1, №2, №3, №4 и №7 на поръчката.

По отношение и на четирите описани нарушения в оспореното Решение на УО на ОП НОИР е надлежно аргументирано наличието на всички елементи от фактическия състав на определението за нередност по смисъла на чл.2 параграф 3б от Регламент №1303/2013г.

Спазвайки принципа за некумулиране на финансови корекции, залегнал в чл.72 ал.4 от ЗУСЕСИФ и чл.7 от Наредбата, за констатираните нарушения са определени финансови корекции както следва:

- В размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия по ОП 5 договор №19 от 04.05.2020г. с [фирма] на стойност 24998.00лева без ДДС и 29997.60лв с ДДС.

- В размер на 25% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия по:

ОП 1 Договор №17 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 6588.00лева без ДДС и 7905.60лева с ДДС;

ОП 2 Договор №13 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 2622.00лева без ДДС и 3146.40лева с ДДС;

ОП 3 Договор №18 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1656.00лева без ДДС и 1987.20лева с ДДС;



ОП 4 Договор №11 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1510.33лева без ДДС и 1812.40лева с ДДС;

ОП 6 Договор №10 от 07.04.2020г. с [фирма] на стойност 259900.00лева без ДДС и 311880.00лева с ДДС;

ОП 7 Договор №12 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 13113.44лева без ДДС и 15736.13лева с ДДС;

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който е предвидено в чл.73 ал.4, вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. С оспорената част на административния акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя, жалбата е депозирана в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 16.03.2021г. / и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Относно компетентността на органа, издал оспореното решение.

Решението 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 чл.73 ал.1 вр. чл.69 ал.1 и чл.70 ал.1 т.9 и чл.72 ал.4 от ЗУСЕСИФ и чл.14 ал.1 и ал.3 от Наредбата за администриране на нередности, във връзка с чл.9 ал.5 от ЗУСЕСИФ в качеството си на УО на ОП НОИР 2014-2020г., съгласно Заповед №РД10-02/12.02.2021г.с която И. Н. П., в качеството си на зам. изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ е определен за заместник за времето на отсъствие на изпълнителния директор на ИА ОП НОИР от 18.02.2021г. до 05.03.2021г. включително. Компетентността на К. Р. Г. е установена с приложената по делото Заповед №РД12-251/30.10.2017г. на министъра на образованието Кр.В., с която К.Г. е назначен на работа на длъжност Изпълнителен директор на ИА ОП НОИР.

ИА ОП НОИР в качеството на УО по Програмата, гарантира съответствието на обществените поръчки с българското национално законодателство и отговаря за предотвратяване, откриване и отстраняване на нередностите допуснати в РБългария.

Съгласно 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. Съгласно чл.3 ал.2 от Наредбата за посочване на нередности, определянето на размера на финансовата корекция се извършва чрез

прилагането на диференциален метод, а когато това е невъзможно – чрез пропорционален метод, а съгласно чл.72 ал.1 от ЗУСЕСИФ и чл.3 ал.1 на Наредбата за посочване на нередности – при определяне размера на финансовите корекции се отчита естеството и сериозността на нарушението, допуснато от бенефициента и финансовото отражение, което те има или би могло да има върху средствата от ЕСИФ.

Съдът намира, че оспорваните актове са издадени при достатъчно посочване на фактическите и правните основания за определяне на финансовата корекция. Оспорваните актове са в изискваната от закона писмена форма, като от формална страна съдържат както описание на нарушенията, така и правни основания, като данни за нарушена разпоредба на ЕС, направена е квалификация на нарушенията по Наредбата за посочване на нередности и е определен правилно размера на финансовите корекции, като са посочени мотиви за прилагане на пропорционалния метод за определяне на финансовите корекции, както и за определяне размера на същите.

При определяне на финансовата корекция по основание и размер в проценти са спазени административно – производствените правила.

Съдът не констатира допуснати процесуални нарушения свързани с нарушаване правото на защита на жалбоподателя. Безспорно е установено по делото, че с писмо изх.№16-2/03.02.2021г., въведено в ИСУН 2020, бенефициентът е уведомен за констатираното отклонение, неговия финансов ефект и основанието и размера на предложената финансова корекция в резултат от осъществена проверка относно законосъобразността на обществена поръчка с предмет „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“ по ОП НОИР 2014-2020г., съфинансирана от ЕС чрез Кохезионния фонд по 7 обособени позиции, със сключени договори в обхвата на проверката подробно описани по-горе.

На бенефициента е предоставена възможност в 14 дневен срок да представи своите възражения срещу първоначалните констатации на УО за установяване на нередност и определяне на финансова корекция. В срока за възражения на бенефициентът е депозирал такива. Възраженията са били обсъдени от УО при подготовката на процесното решение. Следва да се отбележи, че възраженията отправени до УО не се отличават по същество от възраженията направени в жалбата пред АССГ.

По отношение на съответствието на решението на УО с материално-правните разпоредби, съдът намира, че съгласно чл.2 т.36 от Регламент /ЕС/ №1303/2013г. на Европейския парламент и Съвета от 17.12.2013г. за определяне на общите 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, „нередовност“ 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 могло да има като последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. В настоящия случай съдът споделя разбирането, че са налице всички елементи от фактическия състав на цитираната дефиниция за „нередовност“, като е могло да има финансови последици за бюджета на ЕС.

С Решението на УО от 26.02.2021г., по Програмата ясно са посочени нарушените норми на европейското законодателство в областта на обществените поръчки, а именно, четирите нарушения описани по-горе:

**Първо констатирано нарушение:** „Ограничителен критерий за подбор“ - в обявлението за обществената поръчка, раздел III, секция III.1.3. Технически и професионални възможности, възложителят е поставил изискване към участниците за всяка една обособена позиция на обществената поръчка:

„Изисквано минимално/ни ниво/а:

До участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка се допуска участник който:

Участникът следва да разполага със сервизна база, необходима за осигуряване на пълно сервизно обслужване и за извършване на гаранционно обслужване и поддръжка на доставената апаратура и съпътстващото е оборудване към момента на сключване на договора за възлагане на обществената поръчка.

Участникът декларира изпълнението на поставеното от възложителя изискване като попълни част IV „Критерии за подбор“, раздел В „Технически и професионални способности“, „Инструменти, съоръжения или техническо оборудване“ от еЕЕДОП с посочване на информация и адрес на сервизна база.“

Същото изискване е поставено и в документацията за участие в обществената поръчка, раздел IV Критерии за подбор на участниците.

Минимални изисквания и документи за доказване:

Установено е нарушение по чл.2 ал.1 т.1 и т.2 и ал.2 и чл.59 ал.2 изр.второ и трето от ЗОП /установено по ОП №№1,2,3,4,5,6 и 7 от разглежданата поръчка/, което съставлява 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 от настоящото предложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС №57/28.03.2017г., посл.изм. и доп., ДВ.,бр.19 от 6 март 2020г.

За нарушението, установено по обособени позиции ОП №№ 2,4,6 и 7 на поръчката, УО е определил финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по тези обособени позиции.

Съответно по обособена позиция ОП №1,3 и 5 на поръчката , УО е определил финансови корекции в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по тези обособени позиции.

**Второ констатирано нарушение:** „Налице е участник определен за изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя“ – в представените за членовете на обединението документи участникът „Л. Диагностик“ Д., избран за изпълнител по обособени позиции №№1,2,3,4 и 7 не е декларирал никаква информация, която да даде възможност на назначената от възложителя комисия да прецени, кой от участниците в обединението ще извърши съпътстващите изпълнението предмета на поръчката дейности по монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала и гаранционно обслужване и поддръжка на търсената от възложителя апаратура, която информация участникът е следвало да декларира в съответствие с изискванията на възложителя и съобразно чл.67 ал.1 изр.второ от ЗОП. Помощната комисия на възложителя е следвало да анализира несъответствието в така представената информация и да изиска допълнително представяне от участника „Л. Диагностик“ Д. на информация, кой ще извърши дейностите по монтаж, въвеждане в експлоатация, обучение на персонала и гаранционно обслужване и поддръжка на апаратурата за да установи всички ли дейности от предмета на поръчката смята да изпълни участника, съответно каква част от поръчката ще изпълни самият участник, защото

при установяване на данни за използване на подизпълнител следва да се спазят изискванията на чл.66 и чл.67 от ЗОП.

На етап сключване на договор, в противоречие с декларираното в ЕЕДОП от обединението и участниците в него, че няма да ползват капацитета на други субекти, за да изпълнят критериите за подбор и че не възнамеряват да възложат на трети страни изпълнението на част от поръчката, участникът е представил договор между „Л. Диагностик“ Д. и [фирма] за извършване на гаранционна поддръжка №1/30.03.2020г., от съдържанието на който се установява, че именно трето лице [фирма], което разполага със собствена сервизна база в [населено място], ще изпълни и ще бъде отговорно за гаранционното обслужване и поддръжка на апаратурата. Следователно то се явява подизпълнител на изборния за изпълнител участник, тъй като не предоставя като ресурс сервизната си база, а изпълнява част от придружаващите предмета на поръчката дейности, т.е. изпълнява този дял от предмета на поръчката, свързан с гаранционното обслужване и поддръжка на апаратурата.

Когато изпълнителят предлага изпълнение на предмета на поръчката съвместно с друг икономически оператор, последният се явява негов подизпълнител и за него трябва да са налице предвидените в чл.66 ал.1 и ал.2 от ЗОП изисквания – да е посочен в офертата като подизпълнител, да е посочен дялът от поръчката, който ще му бъде възложен, да представи доказателства за поетите от подизпълнителя задължения, да отговаря на критериите за подбор съобразно вида и дела на поръчката, който ще изпълнява, да не са налице по отношение на него основания за отстраняване, което не е било сторено в настоящия случай.

Установено е било нарушение на чл.121 ал.1 и ал.2 от ЗОП и чл.98 ал.1 т.7 от ППЗОП, вр. чл.112 ал.1 т.2 и ал.2 т.2 от ЗОП, вр. чл.37 ал.4 т.3 от ППЗОП и чл.67 ал.1 и ал.2 от ЗОП, всичко във връзка с чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП. Нарушението е квалифицирано по т.16 „Недостатъчна документална проследимост /одитна пътека/ за възлагането на обществената поръчка“, б.“а“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. За нарушението установено по обособени позиции ОП №№1,2,3,4 и 7 на поръчката УО е определил финансови корекции в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по тези обособени позиции.

**Трето констатирано нарушение:** „Използване на условия за изпълнение на поръчката, които са дискриминационни на базата на необосновани

национални изисквания“.

В т.1.8 от Раздел II. Изисквания към изпълнението. Технически спецификации: - част от документацията за участие, извън техническите параметри на апаратурата по съответните обособени позиции, възложителят е поставил допълнителни изисквания към участниците, които е определил като „изисквания към изпълнението“, а именно:

„1.8 Освен условията, посочени в Техническите спецификации за съответната обособена позиция, участниците следва да отговорят и на следните допълнителни изисквания:

Участниците следва да притежават и да представят оторизационно писмо /пълномощно/ от производителя на предлаганата апаратура и съпътстващото оборудване за територията на Р България, за оправомощаване за участие в обществената поръчка и/или за продажба на продукта в Р България, валидно за срока на поръчката, когато участникът не е производител.“, което е ограничително на база необосновани национални изисквания.

Установеното е нарушение на чл.2 ал.2 от ЗОП и чл.39 ал.2 т.1 б.“ж“ от ППЗОП, вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП – установено по ОП №№1,2,3,4,5,6 и 7 от разглежданата поръчка, т.е. по всички обособени позиции на поръчката, което представлява нередност по т.10 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национали, регионални или местни изисквания“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. На основание т.10 б“а“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, УО е определил финансови корекции в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по обособени позиции №2, №4, №6 и №7 на поръчката.

На основание т.10 б“б“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата, УО е определил финансови корекции в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по обособени позиции №1, №3 и №5 на поръчката.

**Четвърто констатирано нарушение:** „Налице е участник, определен за изпълнител, който не отговаря на всички изисквания на възложителя“.

Възложителят на поръчката е поставил изрично изискване в документацията за участие, Раздел II, т.1.8 „Участниците следва да притежават и да представят оторизационно писмо/пълномощно/ от производителя на предлаганата апаратура и съпътстващото оборудване ...“, без да допуска възможност тези оторизационни писма да бъдат издадени от лице, различно от производителя на предлаганата апаратура. При проверка на документацията свързана с възлагането на обособените позиции на процедурата, УО на ОП НОИР е установил, че представените оторизационни писма в офертите на участника „Л. Диагностик“ Д., избран за изпълнител по обособени позиции №1, №2, №3, №4 и №7 на поръчката не са издадени от производител, каквото е било изискването на възложителя, а от трето лице – [фирма].

Установеното по отношение на чл.121 ал.1 и 2 от ЗОП, вр. чл.39 ал.3 б.“ж“ от ППЗОП, вр. чл.107 т.1 от ЗОП, всичко във вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП, което представлява нередност по т.16 „Недостатъчна документална проследимост /одитна пътека/ за възлагането на обществената поръчка“, б.“а“ от Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата. Поради това са били определени финансови корекции в размер на 25 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по договорите с изпълнители, сключени по обособени позиции №1, №2, №3, №4 и №7 на поръчката.

По отношение и на четирите описани нарушения в оспореното Решение на УО на ОП НОИР е надлежно аргументирано наличието на всички елементи от фактическия състав на определението за нередност по смисъла на чл.2 параграф 36 от Регламент №1303/2013г.

Спазвайки принципа за некумулиране на финансови корекции, залегнал в чл.72 ал.4 от ЗУСЕСИФ и чл.7 от Наредбата, за констатираните нарушения са определени финансови корекции както следва:

- В размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия по ОП 5 договор №19 от 04.05.2020г. с [фирма] на стойност 24998.00лева без ДДС и 29997.60лв с ДДС.

- В размер на 25% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия по:

ОП 1 Договор №17 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 6588.00лева без ДДС и 7905.60лева с ДДС;

ОП 2 Договор №13 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 2622.00лева без ДДС и 3146.40лева с ДДС;

ОП 3 Договор №18 от 30.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност

1656.00лева без ДДС и 1987.20лева с ДДС;

ОП 4 Договор №11 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 1510.33лева без ДДС и 1812.40лева с ДДС;

ОП 6 Договор №10 от 07.04.2020г. с [фирма] на стойност 259900.00лева без ДДС и 311880.00лева с ДДС;

ОП 7 Договор №12 от 07.04.2020г. с „Л. Диагностик“ Д. на стойност 13113.44лева без ДДС и 15736.13лева с ДДС;

Съдът няма никакви съмнения, че са налице така описаните нарушения.

След анализ направен от УО на доказателствата събрани в хода на проверката, и направените възражения, правилно е прието, че бенефициента е извършил описаните нередности от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

За съдът е ясно, че за определяне финансовото влияние на нарушението е отчетен факта, че по обособена позиция №2, №4, №6 и №7 са получили само по 1 оферта и са били допуснати до участие, като не е било налице минимално ниво на конкуренция, а по ОП №1, №3 и №5 са били получени само по две оферти и е налице минимално ниво на конкуренцията. Не се оспорва факта, че е налице минимално ниво на конкуренция, от което безспорно следва единствено възможния извод, че е възможно по този начин да се причини вреда на бюджета на ЕСИФ. По същество с жалбата си бенефициента не оспорва фактическата обстановка по което и да било от описаните четири нарушения, посочени в атакуваното решение. Оспорва се дали същите са нарушения на ЗОП, дали са нередности и съответно направената от УО правна квалификация на тези нередности, включително по съответната точка на Приложение №1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

Предвид изложеното и съдът намира, че правилно е извършена финансова корекция за допуснатите нарушения. Нарушенията са правилно квалифицирани.

Съдът намира, че с оглед момента на започване на производството по установяването на наличието или липсата на нередност, УО правилно е квалифицирал нарушенията, като е използвал Наредбата за посочване на нередности.

По отношение на определяне размера на финансовите корекции, съдът намира, че същите са определени съгласно с правилата на Европейския парламент и на Съвета. Установена е ясна йерархия на правилата за допустимост на разходите.

В обжалвания акт размерът на финансовите корекции е определен



принципно правилно, като при изчисляването на процентите върху одобрените разходи, съдът не установи грешка в пресмятането, което води и до потвърждаване на размера на финансовите корекции.

В обжалваното решение на ръководителя на УО подробно са описани действията на бенефициента, които правилно са квалифицирани като нарушения. Ясно, точно и аргументирано е посочено, в какво се изразяват фактическите основания обосноваващи установяването на нередности и налагането на финансова корекция, правилно е определено и приложимото европейско законодателство. Доколкото бенефициента е участвал в изпълнението на проект от европейските структурни и инвестиционни фондове като страна по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, същият безспорно е осъществил действия по разходване на средства от ЕС и следователно се определя като икономически субект по смисъла на дефиницията за нередност.

В обжалваното Решение ясно са посочени финансовите последици от допуснатите нарушения, както и мотиви за определяне на размера на финансовата корекция. Установените от УО нарушения имат или биха могли да имат финансово отражение, но предвид характера им е невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата. С оглед на това и на основание чл.5 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, поради естеството на нарушенията и размерът на финансовата корекция правилно е установен по пропорционалния метод.

Причинно - следствената връзка между нарушенията и потенциалната вреда е достатъчно анализирана в обжалвания акт. Нарушението на правото на Съюза и в частност на нарушаване на принципа за добро финансово управление, а и на принципа на равнопоставеност спрямо националните и чуждестранните икономически оператори, които обективно се явяват накърнени в конкретния случай, винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза.

Решението, в оспорената му част е издадено от компетентен орган, в предвидената от закона форма, при спазване на административнопроизводствените правила и при правилно приложение на материалния закон и неговата цел, при точно изчисляване на наложената в проценти финансова корекция, поради което жалбата следва да бъде оставена без уважение.

При този изход на спора разноски се дължат на ответната страна, доколкото такива са били поискани.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 74-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

## **Р Е Ш И :**

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ жалбата на НАЦИОНАЛНИЯ ДИАГНОСТИЧЕН НАУЧНОИЗСЛЕДОВАТЕЛСКИ В. ИНСТИТУТ (Н.), БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от доц.д-р Е. И. - Директор, с адрес [населено място] 1606, [улица], срещу Решение от №16-2/26.02.2021г. на ръководителя на Управляващия орган на „Оперативна програма“ „Наука и образование за интелигентен растеж“/ОП НОИР/.

**ОСЪЖДА** НАЦИОНАЛНИЯ ДИАГНОСТИЧЕН НАУЧНОИЗСЛЕДОВАТЕЛСКИ В. ИНСТИТУТ (Н.), БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от доц.д-р Е. И. - Директор, с адрес [населено място] 1606, [улица], да заплати на ИА ОП НОИР, сумата от 450.00лева за юристконсултско възнаграждение.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред ВАС на РБ в 14 дневен срок от съобщаването му.

**СЪДИЯ:**