

РЕШЕНИЕ

№ 5324

гр. София, 07.09.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 16.06.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Гергана Мартинова , като разгледа дело номер **2573** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл.27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Настоящото производство е образувано във връзка с решение на Върховния административен съд по адм.д. № 11807/2020 г., с което е отменено решение на Административен съд София - град по адм.д.№ 13685/2019 г., по описа на съда и делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на съда.

МЕДИЦИНСКИ УНИВЕРСИТЕТ - П., със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], БУЛСТАТ[ЕИК], представляван от ректора М. М., чрез адвокат Е. Д., Адвокатско дружество „Д. И М.“, съдебен адрес: [населено място], 1000, [улица], вх. В, ет. 5, офис 18 оспорва Решение № 0423-5/13.11.2019 г. на изпълнителният директор и Ръководител на УО - Изпълнителна Агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” (ИА, „ОП на НОИР“), с което е определена финансова корекция в общ размер на 272 203.35 лв. след проведена открита обществена поръчка по реда на ЗОП с предмет: „Доставка на апаратура по работен пакет 8 - лекарство-доставящи системи за насочено действие на лекарства и персонализирана медицина за Медицинския университет П. по обособени позиции“, както следва:

Финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на

допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по следните обособени позиции на Договор ОП- 30- 2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е.:

ОП 3 - доставка на Апарат 4 (Р.) тип проточна клетка (Автоматизирана проточна система за определяне степен на разтваряне съгласно USP4) по Договор ОП-30- 2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 187 000.00 /сто осемдесет и седем хиляди/ лв. без ДДС;

ОП 5 - доставка на: Разпрашителна сушилна за получаване на наноразмерни материали по Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 214 380.00 /двеста и четиринадесет хиляди триста и осемдесет/ лв. без ДДС;

ОП 6 - доставка на: Енкапсулатор за работа в стерилни условия по Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 90 865.00 /деветдесет хиляди осемстотин шестдесет и пет/ лв. без ДДС и

ОП 13 - доставка на: Ултразвуков модул за разпрашителна сушилна по Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 33 150.00 /тридесет и три хиляди сто и петдесет/ лв. без ДДС.

Финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по обособена позиция ОП 12 доставка на: Фотометър за имуноензимен анализ (Е. четец) на Договор ОП-29-2019 от дата 15.04.2019 г. с Е. 90М О. на стойност 39 650.00 /тридесет и девет хиляди шестстотин и петдесет/лв. без ДДС.

Финансова корекция в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по следните обособени позиции на Договор ОП- 25- 2019 от дата 09.04.2019 г. с Л. Диагностик Д.:

ОП 1 - доставка на: 002 Инкубатор по Договор ОП-25-2019 от дата 09.04.2019 г. с Л. Диагностик Д. на стойност 21 744.00 /двадесет и една хиляди седемстотин четиридесет и четири/ лв. без ДДС;

ОП 10 - доставка на: Вертикален фризер за дълбоко замразяване по Договор ОП-25-2019 от дата 09.04.2019 г. с Л. Диагностик Д. на стойност 14 733.00 /четиринадесет хиляди седемстотин тридесет и три/ лв. без ДДС.

Финансова корекция в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по обособена позиция ОП 11 - доставка на: Лабораторна универсална центрофуга с охлаждане на Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 15 380.00 /петнадесет хиляди триста и осемдесет/лв. без ДДС.

Финансова корекция в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по обособена позиция ОП 8 - доставка на: Автоматична вариабилна пипета с обем 0,5-10 µl - 1 бр.; - Автоматична вариабилна пипета с обем 10-100 µl - 2бр.; - Автоматична вариабилна пипета с обем 100-1000 µl - 2бр. на Договор ОП-29-2019 от дата 15.04.2019 г. с ЕЛТА90М О. на стойност 1 900.00 /хиляда и деветстотин/ лв. без ДДС.

Финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по обособена позиция ОП 2 доставка на: Трансмисионен електронен микроскоп, окомплектован с микротом за подготовка на проби от биологичен произход - 1 бр.; Сканиращ електронен микроскоп с рентгенов микроанализатор с енергийно дисперсивен спектрометър и автоматична система за вакуумно покриване с ротационна вакуумна помпа и поставка - 1 бр. на Договор ОП -26 - 2019 от дата 09.04.2019 г. с АСМ2 Е. на стойност 2 056 950.00 /два милиона петдесет и шест хиляди деветстотин и петдесет/лв. без ДДС.

Финансова корекция в размер на 5 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по обособена позиция ОП 4 доставка на: Хроматографска система за високоефективна течна хроматография, вкл. и при повишено налягане - 1 бр.; - Система за ултрачиста вода за HP1.C - I бр. на Договор ОП-/6-2019 от дата 09.04.2019 г. с АСМ2 Е. на стойност 146 320.00 /сто четиридесет и шест хиляди триста и двадесет/ лв. без ДДС.

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

В съдебно заседание жалбоподателят Медицински университет П., чрез процесуалния си представител поддържа жалбата, както и твърденията си, относно незаконосъобразността на оспорения акт. Претендира разноски, в това число и такива по дело № 13685/2019 г.

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

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

По делото не се спори, че е проведена обществена поръчка по реда на ЗОП с предмет: „Доставка на апаратура по работен пакет 8 - лекарство-доставящи системи за насочено действие на лекарства и персонализирана медицина за Медицинския университет П. по обособени позиции“, в резултат на която са сключени договори №№:

Договор ОП-25-2019/09.04.2019 г. за Обособена позиция № 1 с изпълнител Л. Диагностик Д. на стойност 21 744.00 /двадесет и една хиляди седемстотин четиридесет и четири/ лв. без ДДС;

Договор ОП-26-2019/09.04.2019 г. за Обособени позиции № 2 и № 4 с изпълнител АСМ2 Е. на стойност 2 203 270.00 /два милиона двеста и три хиляди и двеста и седемдесет/ лв. без ДДС;

Договор ОП-30-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 3 с изпълнител Л. Е. на стойност 187 000.00 /сто осемдесет и седем хиляди/ лв. без ДДС; Договор ОП-30-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 5 с изпълнител Л. Е. на стойност 214 380.00 /двеста и четиринадесет хиляди триста и осемдесет/ лв. без ДДС;

Договор ОП-30-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 6 с изпълнител Л. Е. на стойност 90 865.00 /деветдесет хиляди осемстотин шестдесет и пет/ лв. без ДДС;

Договор ОП-29-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 8 с изпълнител ЕЛТА90М О. на стойност 1 900.00 /хиляда и деветстотин/ лв. без ДДС;

Договор ОП-25-2019/09.04.2019 г. за Обособена позиция № 10 с изпълнител Л. Диагностик Д. на стойност 14 733.00 /четиринадесет хиляди седемстотин и три десет и три/ лв. без ДДС;

Договор ОП-30-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 11 с изпълнител Л. Е. на стойност 15 380.00 /петнадесет хиляди триста и осемдесет/ лв. без ДДС;

Договор ОП-29-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 12 с изпълнител ЕЛТА90М О. на стойност 39 650.00 /тридесети девет хиляди шестстотин и петдесет/ лв. без ДДС;

Договор ОП-30-2019/15.04.2019 г. за Обособена позиция № 13 с изпълнител Л. Е. на стойност 33 150.00 /тридесет и три хиляди сто и петдесет/ лв. без ДДС.

От УО е извършена проверка на открита процедура е предмет „Доставка на апаратура по работен пакет 8 - лекарство-доставящи системи за насочено действие на лекарства и персонализирана медицина за Медицинския университет П. по обособени позиции“, проведена от Медицинския университет П. в изпълнение на проект В.-1.002-0005 Център за компетентност „Персонализирана иновативна медицина /П./.

Констатирано е нарушение, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, а именно използване на дискриминационен критерий за подбор, който не е дискриминационен по национален, регионален или местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до участие в процедурата.

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

В т. III. 1.3. „Технически и професионални възможности“ от обявлението възложителят е заложил следния критерий за подбор: „Участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, предмета на поръчката. Участникът следва да декларира изпълнението на поставеното от Възложителя изискване, като попълни Част IV: „Критерии за подбор, Раздел В от еЕДОП, с посочване на информация за сервизна база, оторизирана от производителя на доставената апаратура или от упълномощени от него представители за дейности по сервиз и/или поддръжка и/или ремонт и/или гаранционно обслужване по време на гаранционния срок, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката.

Посочва се фирмата и точния адрес на сервизната база, която следва да е снабдена с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката. При сключване на договор, участникът, определен за изпълнител на основание чл. 67, ал. 6 от ЗОП представя декларация за оторизираната сервизна база, която ще бъде използвана за изпълнение на поръчката, с посочване на фирмата и точния адрес. “

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

На основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е обективирал горните констатации в писмо рег. № В.-1.002-0005-С03-М129/04.10.2019 г. Същото е изпратено чрез ИСУН 2020 и е получено от бенефициената на 04.10.2019 г.

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

Изложени са още мотиви, че е използван критерий за подбор, който - без да е дискриминационен по смисъла на т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, ограничава достъпа на потенциалните участници до процедурата и води до стесняване на кръга на потенциалните участници, които биха подали оферта по съответната обособена позиция на процедурата. С оглед на това е посочено, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Така съгласно чл. 2, параграф 3б от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на

вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. От УО са изложени аргументи, че употребеното в разпоредбата „има или би имало за последица нанасянето на вреда“ сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Според УО тази потенциална възможност е налице, тъй като е използван ограничителен критерий за подбор. Предвид гореизложеното УО е констатирал, че е налице дискриминационен критерий за подбор, който без да е дискриминационен по национален, регионален или местен признак, води до ограничаване на достъпа на потенциални участници до участие в конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Следва да се отбележи, че именно наличието на национален, регионален или местен признак в съдържанието на критерия за подбор обуславя разликата в дискриминационния характер на нередностите по т. 10 и по т. 11, като конкуриращи се фактически състави на нарушения от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от горепосочената Наредба.

На следващо място в писмото са изложени мотиви относно естеството на нарушението и невъзможността да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. Посочено е, че нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за което е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които би трябвало да се поискат от бенефициента за възстановяване по всеки от засегнатите договори. Посочено е също, че в т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е предвидено, че в „случаите при които са приложени дискриминационни критерии (..), но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“, размерът на финансовата корекция е 5 на сто от допустимите разходи, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване.

С оглед гореизложеното УО е приел, че на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във връзка с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал. 1 от горепосочената Наредба, за конкретното нарушение по т. 11,б. „а“ от Приложение № 1 към Наредбата следва да бъде определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по съответните обособени позиции: 2, 3, 5, 6, 12 и 13.

За констатираното нарушение по т. 11,б. „б“ от Приложение № 1 към горепосочената Наредба по следните обособени позиции на поръчката следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по съответните обособени позиции: 1, 4, 8, 10 и 11.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ УО е дал възможност на бенефициента да представи своите възражения по основателността и

размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

В законоустановения срок бенефициентът е представил възражение.

Във връзка с това е издадено процесното Решение № 0423-5 от 13.11.2019 г. Със същото на основание на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от ЗУСЕСИФ, чл. 4, ал. 1 и чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (приет с ПМС № 237 от 23.10.2017 г., обн. ДВ, бр. 86 от 27.10.2017 г. в сила от 01.11.2017 г.; изм. и доп., бр. 24 от 22.03.2019 г. в сила от 22.03.2019 г.), 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. посл. изменение обн. ДВ, бр. 67 от 23.08.2019 г., чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, чл. 1, т. 1.2 и т.1.5 от Общите условия при предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по приоритетна ос 1 от Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР, е потвърдил, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, изречение второ и трето от ЗОП във връзка чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, тъй като е заложен неправомерен критерий за подбор.

При определяне на основанието и размера на финансовата корекция за нередността УО е взел предвид следните обстоятелства: прогнозната стойност на поръчката е 2 926 699.22 лв. без ДДС, поради което същата попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „б“ от ЗОП и е възложена чрез открита процедура; процедурата за възлагане на обществената поръчка по обособени позиции №№ 7, 9 и 14 е прекратена на основание чл. 110, ал. 1, т. 1 от ЗОП, тъй като не е подадена нито една оферта за съответните обособени позиции; по обособени позиции №№ 2, 3, 5, 6, 12 и 13 са получени по една оферта, респ. не е осигурено достатъчно ниво на конкуренция; по обособени позиции №№ 4 и 8 са получени по две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция; по обособени позиции №№ 1 и 10 са получени по три оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция; по обособена позиция № 11 са получени четири оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция; нередността попада в обхвата на описанието по т. 11, б. „а“ за обособени позиции №№ 2, 3, 5, 6, 12 и 13 и по т. 11, б. „б“ обособени позиции №№ 1, 4, 8, 10 и 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата.

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

ОП 3 доставка на: Апарат 4 (Р.) тип проточна клетка (Автоматизирана

проточна система за определяне степен на разтваряне съгласно USP4) - 1бр. - Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 187 000.00 /сто осемдесет и седем хиляди/ лв. без ДДС;

ОП 5 доставка на: Разпрашителна сушилня за получаване на наноразмерни материали - 1бр. - Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 214 380.00 /двеста и четиринадесет хиляди триста и осемдесет/ лв. без ДДС;

ОП 6 доставка на: Енкапсулатор за работа в стерилни условия - 1 бр. - Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 90 865.00 /деветдесет хиляди осемстотин шестдесет и пет/ лв. без ДДС;

ОП 12 доставка на: Фотометър за имуноензимен анализ (Е. четец) — 1 бр. - Договор ОП-29-2019 от дата 15.04.2019 г. с ЕЛТА90М О. на стойност 39 650.00 /тридесет и девет хиляди шестстотин и петдесет/ лв. без ДДС;

ОП 13 доставка на: Ултразвуков модул за разпрашителна сушилня 1 бр. - Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 33 150.00 /тридесет и три хиляди сто и петдесет/ лв. без ДДС.

За констатираното нарушение по т. 11, б.„б“ от Приложение № 1 към горепосочената Наредба по следните обособени позиции на поръчката следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори:

ОП 1 доставка на: CO2 Инкубатор -1 бр. - Договор ОП-25-2019 от дата 09.04.2019 г. с Л. Диагностик Д. на стойност 21 744.00 /двадесет и една хиляди седемстотин четиридесет и четири/ лв. без ДДС;

ОП 8 доставка на: Автоматична вариабилна пипета с обем 0,5-10 µl - 1 бр.; Автоматична вариабилна пипета с обем 10-100 µl - 2бр.; - Автоматични вариабилна пипета с обем 100-1000 µl - 2бр. - Договор ОП-29-2019 от дата 15.04.2019 г. с ЕЛТА90М О. на стойност 1 900.00 /хиляда и деветстотин/ лв. без ДДС;

ОП 10 доставка на: Вертикален фризер за дълбоко замразяване - 1бр. – Договор ОП-25-2019 от дата 09.04.2019 г. с Л. Диагностик Д. на стойност 14 733.00 /четиринадесет хиляди седемстотин тридесет и три/ лв. без ДДС;

ОП 11 доставка на: Лабораторна универсална центрофуга с охлаждане - 1бр. -

Договор ОП-30-2019 от дата 15.04.2019 г. с Л. Е. на стойност 15 380.00 /петнадесет хиляди триста и осемдесет/ лв. без ДДС.

За обособена позиция № 2 е посочено, че нередността попада в обхвата на описанието по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. За обособена позиция № 4 нередността попада в обхвата на описанието по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. Стойността на Договор ОП - 26-2019 от дата 09.04.2019 г. с АСМ2 Е. е 2 203 270.00 /два милиона двеста и три

хиляди и двеста и седемдесет/ лв. без ДДС, като същата е обща за ОП 2 и ОП 4. Стойността на офертата по ОП2 е 2 056 950.00 /два милиона петдесет и шест хиляди деветстотин и петдесет/ лв. без ДДС, а стойността на офертата по ОП4 е 146 320.00 /сто четиридесет и шест хиляди триста и двадесет/ лв. без ДДС. Така от страна на УО е определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия

договор за стойността на договора, равна на оферираната стойност за обособена позиция № 2 и 5% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор за стойността на договора, равна на оферираната стойност за обособена позиция № 4.

Видно от представената разпечатка от ИСУН 2020, същото е изпратено на жалбоподателя на 14.11.2019 г., като е отбелязана дата на първо отваряне 14.11.2019 г.

По делото са приети представената от административния орган преписка, в това число документите касаещи проведената обществена поръчка - документацията за участие, протоколи от дейността на комисията за оценка и класиране на подадените оферти на участниците, доклад на комисията, назначена от възложителя, решения за определяне на изпълнител, сключените договори с избраните изпълнители и т.н., съдържащите се в адм. дело № 13658/2019 г. по описа на АССГ, доказателства, както и представените от ответника заповеди за компетентност - № РД-12-251/30.10.2017 г. и Заповед № РД12-100/20.04.2021 г. на министъра на образованието и науката.

Видно от обявлението за обществена поръчка е, че за всички обособени позиции е предвидена гаранционна поддръжка на оборудването.

В документацията за участие са регламентирани гаранционните срокове. В условията за участие е допуснато участниците да използват капацитета на трети лица съгл. чл. 65 от ЗОП, независимо от правната връзка между тях. Съгласно раздел VIII „Разглеждане на офертите“ възложителят ще отстрани от участие всеки участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор.

В т. III. 1.3. „Технически и професионални възможности“ от обявлението възложителят е заложил следния критерий за подбор: Участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, предмета на поръчката. Участникът следва да декларира изпълнението на поставеното от Възложителя изискване, като попълни Част IV: „Критерии за подбор Раздел В от еЕЕДОП, с посочване на информация за сервизна база, оторизирана от производителя на доставената апаратура или от упълномощени от него представители за дейности по сервиз и/или поддръжка и/или ремонт и/или гаранционно обслужване по време на гаранционния срок, която ще бъде на разположение за изпълнение на поръчката. Посочва се фирмата и точния адрес на сервизната база, която следва да е снабдена с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката. При сключване на договор, участникът, определен за изпълнител на основание чл. 67, ал. 6 от ЗОП представя декларация за оторизираната сервизна база, която ще бъде използвана за изпълнение на поръчката, с посочване на фирмата и точния адрес. Аналогично изискване е заложено и в част IV „Критерии за подбор на участниците, минимални изисквания и документи за доказване“ от документацията, т. 3.3. от документацията за участие.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

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

В конкретния случай актът, който се обжалва пред съда е такъв за определяне на финансова корекция. Предвид нормата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция трябва да бъде определена по основание и размер само от ръководителя на съответния управляващ орган. Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните такива. Съгласно ал. 5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на УО по ЗУСЕСИФ могат да бъдат упражнявани и от овластено от него лице. Видно от Заповед № РД 12-251/30.10.2017г., издадена от министъра на образованието и науката, К. Г. е назначен на длъжността изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“. Видно от чл. 4, ал. 1 от Устройствен правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ последната изпълнява функциите на управляващ орган на процесната оперативна програма и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на ЕС. По силата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на агенцията изпълнителният директор е ръководител на управляващия орган на ОП „НОИР“. По силата на чл. 19, ал. 4 от ЗА за орган на изпълнителната власт се считат и изпълнителния директор на изпълнителна агенция. Предвид това, че К. Г. е изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „ОП „НОИР“, то като такъв е и ръководител на управляващия орган на ОП „НОИР“. В компетентността на това лице влиза и задължението по определяне на финансови корекции във връзка с изпълнение на процесната оперативна програма. Функциите на ръководител на УО по съответната оперативна програма, които са възложени на орган на изпълнителната власт, са акцесорни и произтичат от уреденото в специален закон, какъвто се явява в конкретния случай ЗУСЕСИФ.

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

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

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

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент „нередност“ означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за

БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

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

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

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

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

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

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

1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП.

Съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

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

Видно от оспореното решение е, че органът твърди, че процесните критерии за подбор са в нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП, т.е. че не са съобразени с предмета на поръчката. За да се оцени съответствието на критериите за подбор с предмета на поръчката е необходимо да се прецени дали тези критерии са подходящи, дали са съответни на предмета на поръчката.

По делото е безспорно, че част от предмета на процесната обществена поръчка е и гаранционното и сервизно обслужване на доставеното оборудване и апаратура. В документацията на поръчката е посочено, че изпълнителят поправя всички повреди за своя сметка като влага само нови части и компоненти, както и че всички разходи по това обслужване са за негова сметка, в т.ч. и транспортни разходи, когато е „необходим ремонт в сервиз на изпълнителя“. В проекта на договора за обществена поръчка и в сключените договори с изпълнителите – чл. 10, ал. 4, е установено задължението на изпълнителя да отстрани за своя сметка и в договорените срокове всички повреди, като използва само нови части и материали. В чл. 12, ал. 2 от договорите е установено задължението на изпълнителя да отстрани със свои сили и средства всички несъответствия на доставената апаратура и оборудване, а в ал. 3, че „Рекламационното съобщение на възложителя може да бъде изпратено по факс, телефон, електронна поща или обикновена поща. Изпълнителят е длъжен да изпрати свои квалифицирани представители на място за констатиране и идентифициране на повредата в срок не повече от 24 часа“. В чл. 13 е посочено, че „при наличие на повреда и/или дефект, която не може да се отстрани на място, транспортните разходи до съответния сервиз за отстраняване на повредите/дефектите са за сметка на изпълнителя“.

При така дефинираните задължения на изпълнителя действително, както е приел органът наличието на сервизна база само по себе си не гарантира изпълнение на предмета на поръчката. Това, което гарантира изпълнението на поръчката е спазването от изпълнителя на задължението за последващото гаранционно обслужване, разходите за което са предварително калкулирани в офериранията цена, както и спазването от изпълнителя на

задължението за реакция в определения срок, за влагането на нови части, за поемането на всички разходи по гаранционното обслужване, в т.ч. и транспортните, за наличието на квалифициран експерт, който да установи на място повредата и да я отстрани в установения срок.

В случая обаче органът е изложил аргументи, че процесният критерий „не може да се приеме, че съответства на предмета и характера на обществената поръчка, именно поради обстоятелството, че сервизната база, би могла да бъде от значение само за изпълнение на поръчката, но не и на етап кандидатстване“. Този мотив на органа е лишен от логика. Самият законодател е посочил, че критериите за подбор трябва да са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката. Критериите за подбор не са извън и независимо от изпълнението на поръчката, а само и единствено с оглед на възможността за нейното изпълнение. Освен това предметът и характерът (каквото и да значи употребеното понятие „характерът“, тъй като то не е елемент на разпоредбата на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП) на поръчката не са нещо имагинерно и извън нейното изпълнение. Тезата, че процесният критерий е относим към изпълнението на поръчката, но не съответства на нейния предмет и характер прави мотивите на управляващия орган нелогични.

Наред с това УО твърди, че изискването следва да се поставя само спрямо обявления за изпълнител участник, тъй като е пряко свързано с изпълнението на поръчката, а не да се поставя спрямо участниците – към момента на кандидатстване.

От съвкупната оценка на мотивите на УО следва, че процесният критерий е несъответен на предмета на поръчката, но е съответен на изпълнението ѝ, поради което „възложителят е следвало да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява и не възпрепятства участниците (например декларация в свободен текст, че ако бъде избран за изпълнител, участникът ще осигури исканата сервизна база)“.

Процесният критерий за подбор в контекста на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП може да бъде или незаконосъобразен, или законосъобразен, т.е. или съответен, или несъответен на предмета на поръчката, като доказването му е незаконосъобразно, но ако доказването на критерия е незаконосъобразно, то не е налице нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. 2 и 3 ЗОП /в този смисъл Решение № 4611/12.04.2021 г. по адм. д. № 104/2021 г. на ВАС, Решение № 4615/12.04.2021 г. по адм. д. № 11713/2020 г. на ВАС/.

Предвид гореизложеното мотивите на управляващия орган не дават възможност ясно и недвусмислено да се установи коя от хипотезите е приел, което само по себе си е незаконосъобразност на оспорения акт. Липсата на яснота относно фактическия състав на приетото от органа нарушение на приложимото право прави оспорения акт незаконосъобразен.

С оглед на изложеното жалбата се явява основателна и следва да бъде уважена.

От страна на жалбоподателя е направено искане за присъждане на разноски за всяко от производствата, проведени пред първоинстанционния, както и пред касационния съд. Съгласно разпоредбата на чл. 226, ал. 3 от АПК при новото разглеждане на делото, първоинстанционният съд се произнася и

по разноските за водене на делото във Върховния административен съд с оглед крайния изход на спора. Претендират се разноси в общ размер на 13 710,00 лв., от които държавни такси 2 070,00 лв. и адвокатско възнаграждение в размер на 5 200 лв., без ДДС или 6 240 лв. с ДДС по адм. д. № 2573/2021 г. и адвокатско възнаграждение в размер на 5 400 лв. по адм. д. № 13685/2019 г., съгласно приложени договори. Съдът намира, за неоснователно направеното от ответника възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение. Съгласно чл.8 ал.1 т.5 от Наредба № 1/09.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, при материален интерес от 272 203,35 лв. минималния размер на адвокатското възнаграждение е 6 974,06 лв. С оглед задължението на съда, съгласно чл. 226, ал.3 от АПК за произнасяне по сборния размер на разноските претендираното адвокатско възнаграждение не се явява прекомерно.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 16-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на МЕДИЦИНСКИ УНИВЕРСИТЕТ - П., БУЛСТАТ[ЕИК], Решение № 0423-5/13.11.2019 г. на изпълнителният директор и Ръководител на УО - Изпълнителна Агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция в общ размер на 272 203.35 лв., в резултат установено нарушение по т. 11,б. „а“ от Приложение № 1 към Наредбата, за което е определена финансова корекция в размер на 10% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по обособени позиции: 2, 3, 5, 6, 12 и 13 и за установено нарушение по т. 11,б. „б“ от Приложение № 1 към Наредбата, за което е определена финансова корекция в размер на 5% от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатите договори за обществена поръчка по обособени позиции: 1, 4, 8, 10 и 11.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ да заплати на МЕДИЦИНСКИ УНИВЕРСИТЕТ - П., 13 710,00 (тринадесет хиляди седемстотин и десет лева) лева разноси по делото.

Решението може да се обжалва пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщението до страните за изготвянето му и получаването на препис от съдебния акт.

Съдия: