

РЕШЕНИЕ

№ 3158

гр. София, 22.06.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 12.03.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **13685** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Медицински университет П. с Булстат[ЕИК] срещу решение No 0423-5/13.11.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г. Моли решението да бъде отменено. Претендира разноски.

Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Претендира разноски. Представя подробни писмени бележки.

Заинтересованите страни /ЗС/ П. университет "П. Х."; Институт по минералогия и кристалография "акад. И. К." не взимат становище.

От фактическа страна.

Между страните е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /ДФП/ по Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж /ОП НОИР/ (л. 142), по който жалбоподателят е водеща организация и заедно със ЗС е бенефициент.

Жалбоподателят е обявил обществена поръчка на стойност по чл. 20 от ЗОП/л. 203/ с предмет: Доставка на апаратура по работен пакет 8 - "Лекарство доставящи системи за насочено действие на лекарства и персонализирана медицина" за МУ П.. Изготвена

е документация за участие в ОП /л. 303 и сл./, в която са заложили и критериите за подбор и за възлагане.

Проведена е ОП, назначена е комисия, приети са оферти /л. 303/, изготвени са протоколи от дейността на комисията /л. 307/.

На 09.04. 2019г. /л. 68/ е сключен договор с класирания на 1-во място участник – Адвокатско дружество Зарева и З..

С писмо от 22.08.2019 г. /л 57/ ответникът е уведолил жалбоподателя и ЗС за допуснати нередности, като е дал възможност за възражения в 2-седмичен срок.

Такива са постъпили на 04.09.2019 г. /л. 34/.

На 24.09.2019 г. и във връзка с обнародвани изменения в Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и на процентните показатели за определяне на размера на Финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредба за нередностите/, ответникът е стартирал нова процедура по установяване на нередности /л. 26/, като е дал нов срок за писмени възражения. Такива не са постъпили.

На 28.10.2019 г. е издадено атакуваното решение /л. 16/, с което е прието, че одобрената от възложителя методика за оценка, в частта по показател „Организация на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката“, противоречи на чл. 33, ал. 1 от ППЗОП, с което бил нарушен принципът на свободна конкуренция по чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Прието е, че нарушението съставлява нередност по т.11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, поради което е определена ФК в размер на 5% от размера на предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по сключения договор No 8/11.10.2018 г. с Адвокатско дружество Зарева и З. на стойност 33 333,33 лева без ДДС.

Представени са доказателства за компетентност на органа, издал атакувания административен акт /л. 206/.

По приложимото право.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) No 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент No 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 No 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 No 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) No 1083/2006 на Съвета.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент No 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 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.

С постановление No 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС No 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.

Цитираната Наредба е съществено изменена, считано от 23.08.2019 г., поради което и извършеното от жалбоподателя нарушение, съставляващо нередност, е квалифицирано като такова по т.11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, в редакцията ѝ след изменението. Настоящият състав намира, че приложима към констатираното от ответника нарушение, за което се твърди да съставлява нередност, е именно Наредбата за нередностите, в редакцията след изменението ѝ, в сила от 23.08.2019 г. Това следва от разпоредбата на чл. 142, ал. 1 от АПК, доколкото административният акт следва да съответства на действащите към датата на издаването му материално-правни разпоредби. Още повече, че макар задължението за връщане на облага, недължимо получена чрез нередност, да не съставлява санкция, а последица от установяването, че условията, необходими за получаване на облагата не са били спазени /така т. 50 от цитираното решение на СЕС по съединени дела C-260/14 и C-261/14/, такава последица не би могла да настъпи, ако към датата на издаване на акта за установяване на нередност и определяне на ФК, нарушението вече не съставлява нередност /поради изменение на нормативната уредба/, респ.

действащата нормативна уредба не предвижда ФК за извършеното нарушение. В горния смисъл е и т. 3 от диспозитива на цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14, както и т. 37 от решение на СЕС по дело С-89/14. Ето защо първото от възраженията на жалбоподателя свързано с твърдението, че Управляващия орган не е приложил материалноправната норма, която е била в сила към момента на извършване на нарушението, нито към момента на установяването му, съдът намира за неоснователно.

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ. Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 4, ал. 1 и чл. 6, ал. 1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция ОП НОИР и с оглед представената заповед /л. 206/, от която е видно, че лицето подписало заповедта заема длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП НОИР.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок, включително и повторно, след обнародваните изменения в Наредбата за нередности.

Основното възражение на жалбоподателя е свързано с наличието или не на нарушение, за което е определена финансова корекция. В този смисъл са изложените в жалбата подробни съображения, че не е било извършено нарушение, респективно, че не е налице използване на дискриминационен критерий за подбор, който води до ограничаване достъпан на участниците в процедурата. УО от своя страна твърди, че извършеното нарушение се изразява в конкретното изискване към момента на кандидатстване, участниците да разполагат със собствена сервизна база.

С оглед събраните по делото доказателства, съдът намира, че въведените от възложителя в обявлението и документацията за участие изисквания за “сервизна база” са неоснователно ограничителни и дискриминационни в контекста на чл.2, ал.1, от ЗОП (отм.), поради което правилно са преценени от административния орган като нарушение на чл.25, ал.5 от ЗОП (отм.).Ограничителните изисквания на обществената поръчка обективно редуцират кръга на потенциалните участници в процедурата. Ако тези ограничения не бяха поставени, възложителят би достигнал по-висока конкурентна среда, с което би събрал повече на брой и икономически по-изгодни оферти от събраната в настоящия случай, с което обстоятелство се обосновава наличието на причинно-следствената връзка между установеното нарушение и вредата от извършването му. Неспазването на основните принципи при възлагането на обществените поръчки, и в частност въвеждането на ограничителни и дискриминационни критерии е основание за налагане на финансова корекция обхванато от хипотезата на т.9 и т.10 от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като нарушението е в резултат на неправомерно изискване, което е довело до необосновано ограничаване на кандидати и тяхното участие в процедурата. За тях е предвиден показател на финансова корекция - 25 на сто, като корекцията може да бъде намалена до 10 на сто или 5 на сто в зависимост от тежестта на нарушението. В този смисъл съдът съобрази наложилата се след постановеното решение по адм.д. № 8886/2016г. на ВАС съдебна практика, която изцяло споделя. Само с оглед изчерпателност, настоящия съдебен състав намира за нужно да отбележи, че напълно споделя изводите на УО, че въвеждайки такава изискване, доколкото същото е

свързано с изпълнението на поръчката, то следва да се поставя спрямо обявения за изпълнител участник, тъй като може да се укаже, че избрания за изпълнител впоследствие не може да изпълни гаранционните си ангажменти.

Следващото възражение в жалбата, е във връзка с твърденето на УО, че предмет на поръчката е само доставка, докато жалбоподателя намира, че приложим в случая е реда по чл.11, ал.2 ЗОП, предвиждащ, че основния предмет е в зависимост от условията или доставката, чийто прогнозна стойност е най-висока.

Видно от решението за откриване, обект на поръчката е доставка, като видът на поръчката е потвърден и в раздел II. 1.3 от Обявлението. С оглед на тези обективни данни, предмет на поръчката е именно доставката на апаратурата. В случая услугата - монтаж на доставената апаратура и пускане в експлоатация, обучение на персонала и гаранционно обслужване допълваща по отношение на основания предмет - доставка на апаратура, поради което необосновано в изискванията за технически и професионални способности е включено изискване, което ограничава конкуренцията, като дава необосновано предимство и необосновано ограничава възможността за участие във възлаганата процедура на заинтересовани лица, които към момента на кандидатстване не разполагат минимум с една сервизна база оторизирана от производителя на апаратурата, предмета на поръчката.

Неоснователни са и доводите на бенефициента, че дейностите, свързани с гаранционната отговорност и гаранционното обслужване на апаратите, предмет на поръчката, са от изключително значение за възложителя, поради което изискването участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, „предмета на поръчката“ се явява „необходимо условие“ за осигуряване на качествената работа и обслужване на придобитата по проекта апаратура. Следва да се подчертае, че съгласно раздел I, т.8.1. от документацията за обществената поръчка, срокът на договора изтича след изтичането на срока на гаранционния срок на апаратурата, предмет на доставката, а предлаганата цена за изпълнение на поръчката включва „всички разходи на изпълнителя по изпълнение на доставката на описаната в техническата спецификация апаратура и всички нейни компоненти, както и ДДС, всички разходи за опаковка, маркировка, транспорт, застраховка, митнически сборове и такси, разходи по монтаж, пускане в експлоатация и обучение за работа, разходи по гаранционна поддръжка, подмяна на резервни части е срока на гаранцията, както и други разходи по дейности, необходими за цялостното изпълнение на поръчката“. Следователно, в конкретния случай, без значение е дали участникът ще разполага със сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, „предмета на поръчката“, когато всички разходи, свързани с последващото гаранционно обслужване са предварително калкулирани в офериранията цена.

Съдът не споделя и твърденията на жалбоподателя, че поставеното изискване от възложителя освен законосъобразно, разширява и кръга на потенциалните участници. В случая, с така формулираното изискване „Участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от производителя на апаратурата, предмета на поръчката“, възложителят изначално е предопределил кръга на потенциалните участници - само до такива с представителство/офис в [населено място], без участници, които не разполагат с такава база към момента на кандидатстване, т.е. подаване на оферта. Дори и да се приеме за релевантно към предмета на поръчката, изискването „Участникът да разполага минимум с една сервизна база, оторизирана от

производителя на апаратурата, предмета на поръчката", следва да бъде поставено само спрямо избрания за изпълнител участник и то в случай, че това изискване е пряко свързано с изпълнението на поръчката. С оглед спазване принципа за свободна и лоялна конкуренция, възложителят на етапа на кандидатстване е следвало да допусне доказване на това обстоятелство по начин, който не затруднява, не ограничава и не натоварва участниците .

Настоящия съдебен състав намира за неоснователни и твърденията в жалбата досежно изискването за наличие на оторизирана сервизна база, „Възложителят само и единствено постига гарантирано правилно и резултатно експлоатиране на аналитичните техники..". При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия като критерии за допустимост /условия за участие/. Законодателят е предоставил възможност възложителят да определи съответните критерии за подбор, които смята, че ще му осигурят точно и качествено изпълнение на поръчката при съобразяване със спецификата на нейния предмет и неговите потребности; но при зачитане на основните принципи на ЗОП и при спазване на разпоредбата на чл.2, ал. 2 от ЗОП, условията или изискванията да не дават предимство на даден участник или необосновано да ограничават участието на потенциални кандидати. Определянето на условията за участие, попада в оперативната самостоятелност на възложителите, доколкото единствено те биха могли да преценят какви възможности следва да притежават тези участници, за да удовлетворят максимално нуждите им. При определянето на изискванията към кандидатите, обаче възложителите са длъжни да се съобразяват със заложените в ЗОП разпоредби, чиято цел е да се гарантира свободната и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускането на дискриминация. Нарушаването на принципа на конкуренцията представлява ограничение на конкуренцията, произтичащо от актове, действия или бездействия на възложителите в процедури за възлагане на обществени поръчки. В настоящия случай това е проявено чрез включването на ограничителни/дискриминационни критерии за подбор. Ограничението на конкуренцията се осъществява от възложителите чрез въвеждането на дискриминационни условия и изисквания към участниците при откриване на процедура, които стесняват кръга на потенциалните оференти и създават необосновани пречки пред кандидатите. Гарантирането на ефективна, лоялна и свободна конкуренция между кандидата, участващи в процедурите за възлагане на обществени поръчки, е уредено като водещ принцип в приложимото право в областта на обществените поръчки. Наличието на дискриминационни условия за участие, необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки, поради което съставлява нарушение на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Това от своя страна ограничава участието на потенциални икономически оператори в процедурата и води до налагане на финансови корекции от страна на УО при спазване на Наредбата за посочване на нередности.

Не могат да бъдат споделени доводите на жалбоподателя, че „поставеното условие е необходимо за изпълнението на предмета на обществената поръчка и не противоречи на никое от условията в документацията за участие в обществената поръчка... ". Това условие е дискриминационно и ограничително поради факта, че е поставено към всички кандидати към момента на подаване на оферти, а не само към избрания изпълнител преди сключване на договора. Условието изисква специални договорни отношения с определени правни субекти към момента на оферирание и поради това

ограничава участието в процедурата на лица, които трябва да вложат допълнително средства и време за уговаряне на база само, за да участват в процедурата, без да са обявени за изпълнители. Заложено по този начин, това условие изисква към момента на кандидатстване, участникът да разполага с поне един офис на територията на [населено място] или да е „осигурил“ такъв чрез договорни отношения с други правни субекти, което ще доведе до неоправдано разходване на финансов ресурс и встъпването в договорни взаимоотношения, в които не би встъпил ако не бъде избран за изпълнител. В този смисъл е и относимата съдебна практика на ВАС - решение № 15275 от 12.12.2017г. по адм. дело № 8550/2017г. на ВАС, Седмо отделение, петчленен състав, с което е потвърдено Решение № 6321 от 19.05.2017г. на ВАС, по адм. дело № 8886/2016г., тричленен състав.

Неоснователни са и твърденията на жалбоподателя, че изискването засяга едно бъдещо изпълнение, като се позовава на обстоятелството, че е „...Участникът следва да декларира, че ще изпълни поставеното изискване...“. В случая с изискването на етап кандидатстване участниците (не избрания изпълнител, а всички участници) да предоставят в ЕЕДОП информация за сервизната база, която ще бъде използвана, ако участникът бъде избран за изпълнител, обосновава извода, че за да представят на етап кандидатстване достоверна информация за сервизната база, която ще бъде използвана, участниците следва да разполагат с нея още към момента на подаване на офертата, т.е. към този момент трябва да имат собствена или наета база, за да могат отнапред, при кандидатстването си да впишат информацията за нея в ЕЕДОП. В противен случай не биха отговаряли на изискванията за подбор, заложиени от възложителя и декларираната в ЕЕДОП информация за сервизната база може да не кореспондира с действително осигурената такава. Изискването е ясно и конкретно - всички участници да декларират база и да посочат информация за тази база в ЕЕДОП.

Предвид спецификата на разглежданото нарушение водещо до липсата на осигурен равен достъп на участниците в процедурата и нарушаване принципа на свободната конкуренция, което в крайна сметка ограничава достъпа на участниците до конкретната процедура, не е възможно да се определи точен размер на загуба на публичните средства. В тези случаи за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи (чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности). При установяване на финансовото отражение на нарушението се съпоставят разходите в рамките на предоставяната БФП по договора с бенефициента, извършени след възникване на нарушението, и хипотетичния размер на разходите в ситуация, в която не е имало нарушение. Приоритет при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция следва да се даде на пропорционалния подход, предвид характера на разглежданото нарушение, който води до накърняване на основни принципи, регламентирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП. В този смисъл финансовото отражение не е и не може да бъде конкретно определено, но е определяемо по реда на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, съгл. който „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи“. Финансовият ефект от разглежданото нарушение се изразява в това, че поради влияние си (ограничават се всички потенциално заинтересовани участници), нарушението способства за подаване на по-малко оферти от кандидати за обществената поръчка и в резултат - до стесняване на кръга от участници в поръчката

и до неефективно разходване на европейски средства. Нарушението е ограничило участието/избора на други лица в процедурата и има негативно финансово отражение, което е задължително при определянето на финансови корекции съгласно Наредбата за посочване на нередности. Няма обаче изискване да се докаже наличието на точно финансово отражение. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския съд по дело С-406/14 от 14 юли 2016г. и С-465/10 от 21.12.2011г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент No1083/2006г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионните фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушението да има отражение върху бюджета на съответния фонд, то същото представлява нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали е имало отказали се кандидати от участие поради наличието на така определения критерий, тъй като самото създаване на предпоставки за ограничаване на конкуренцията се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката. Относно определянето на размера на корекцията, следва да се посочи, че Наредбата (след измененията, в сила от 23.08.2019г.), в Приложение No 1 към чл. 2, ал. 1 от същата, изрично посочва в кои случаи какви процентни показатели се прилагат за различните нередности и какви са условията за определяне на по-нисък размер на корекцията (когато е предвидена такава възможност), като административния орган изцяло е съобразил решението си с относимите правни норми.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на МУ П., не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал.4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които съдът определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 200 лева за юрисконсултско възнаграждение.

С тези мотиви, съдът,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Медицински университет П. с Булстат[ЕИК] срещу решение No 0423-5/13.11.2019 г. на Ръководителя на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020 г.

ОСЪЖДА Медицински университет П. с Булстат[ЕИК] да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сума в размер на 200 двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ:

