

РЕШЕНИЕ

№ 6822

гр. София, 30.11.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 08.10.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **4126** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК, във връзка с чл.73, ал.4, вр. с чл.27, ал.1 и ал.5-7 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Подадена жалба от “С. тех парк” с ЕИК[ЕИК] срещу Решение №РД16-337/24.04.20г., с което е определена финансова корекция в размер на 5% от размера на предоставената по договор за ОП №Д-154-2019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-015/04.10.2019г. С изпълнител “Ш. Х. М.Б.Х. К.-клон С.” в размер на 4633.26лв. При обща стойност на договора 93 000лв. С ДДС и 5% от предоставената с ДОП Д-153-2019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-014/04.10.2019г. С изпълнител “АСМ” Е. размер на 658.58лв. При обща стойност на договора 13 219 лв. С ДДС. Твърди се материална незаконосъобразност и се иска отмяна административния акт.

В с.з. Страните чрез процесуални представители поддържат жалбата, респективно становището си към нея и желаят постановяване на съдебно решение в този смисъл.

По фактите.

От представените по делото писмени доказателства се установява, че жалбоподателя е сключил административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG16RF0P002-1.003-0001-C01, по процедура за предоставяне на безвъзмездна

финансова помощ, фаза 2 на проект "Създаване на научно-технологичен парк", по оперативна програма "Иновации и конкурентоспособност" 2014-2020. В изпълнение на проекта са порведени и сключени договори за ОП, както следва: договор за ОП №Д-154-2019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-015/04.10.2019г. С изпълнител "Ш. Х. М.Б.Х. К.- клон С." и ДОП Д-153-2019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-014/04.10.2019г. С изпълнител [фирма].

Във връзка с извършен последващ контрол от страна на УО, последния е установил нарушения, изразяващи се в следното: В раздел III.1.3., Технически и професионални възможности, т.2 от обявлението за ОП, възложителя е въвел следното изискване към участниците: "участниците следва да разполагат най-малко с един сервизен или друг специалист с професионална компетентност преминал на обучение при производителя на апаратурата.". По този начин според УО е въвел ограничителен критерий, което представлява нередност по см. На чл.1, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, във връзка с чл.2, ал.2 и чл.59, ал.2 от ЗОП - нередност по т.11, б."б" от Приложение №1 от чл.2, ал.1 от Наредбата и за него е предвидена финансова корекция в размер на 5 процента от предоставената помощ.

При така изложените фактически данни, които се подкрепят от приложените по делото писмени доказателства, съдът достигна до следните правни изводи:

На първо място, следва да се отбележи, че всички регламенти на Европейския съюз, които имат за предмет обществени отношения, свързани с разпореждане и управление на средствата от структурните и инвестиционните фондове - Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012 на Европейския парламент и на Съвет от 25.10.2012 г. относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза и за отмяна на Регламент (ЕО,Е.) № 1605/2002 на Съвета (Регламент № 966/2012) -чл. 2, б. "ж", и Регламент № 1303/2013 - чл. 2, т. 10, (без да бъдат изброявани всички секторните регламенти), съдържат легални дефиниции на понятието "бенефициер". И двата нормативни акта определят бенефициера като правен субект, който е получател на средствата от структурните и инвестиционни фондове. Законът за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове не съдържа легална дефиниция на понятието "бенефициер", но от съдържанието на закона е видно, че националният законодател го употребява с точно обратното съдържание - правен субект, който предоставя средствата. За правния субект, който получава средствата, националният законодател е избрал да прилага термина "бенефициент". Легалните дефиниции са дадени в регламенти на Европейския съюз. Съгласно чл. 288 (1) от Договора за функциониране на Европейския съюз регламентът е акт с общо приложение, който е задължителен в своята цялост и се прилага пряко във всички държави членки. Националният съдия е длъжен да гарантира точното прилагане на регламентите и не може да допусне терминологично несъответствие с тях. Поради това в настоящото съдебно решение получателят на средствата, т.е. жалбоподателят – [фирма], ще бъде наричан с установеното за него в регламентите наименование - "бенефициер". Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата

корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Това решение според чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ може да се оспорва по реда на АПК, като при съдебното оспорване се прилагат съответно разпоредбите на чл. 27, ал. 3 и ал. 5 – 7 от ЗУСЕСИФ. С оглед на

така действащата към настоящия момент нормативна уредба актовете на ръководителя на управляващия орган на оперативна програма, с които се налага финансова корекция, могат да се оспорват по съдебен ред и се разглеждат по реда на чл. 27, ал. 1, т. 5 - 7 ЗУСЕСИФ, който препраща към АПК. В този смисъл решение № 14420/30.12.2016 г. на ВАС по адм.д. 6844/2016 г. Решение № 400 от 12.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8135/2016 г., Решение № 401 от 12.01.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8613/2016 г. В оспореният акт са мотивирани точно установените нередности и е определен конкретен размер на наложена (приложена) финансова корекция. Въз основа на този акт се извършва корекция за сметка на бенефициера, поради което оспореното решение съдържа мотивирано властническо волеизявление на административен орган по смисъла на § 1, т. 1 ДР на АПК, което пряко засяга законни права и интереси на адресата - жалбоподател. (В този смисъл определение № 5608 от 11.05.2016 г. по адм.д. № 5156/2016 г., VII отд. на ВАС).

При извършената служебна проверка на законосъобразността на оспореното Решение, съгласно чл. 168, ал. 1 от АПК, на основанията посочени в чл. 146 от АПК, настоящият съдебен състав намира, че Решението е издадено от компетентен орган, в кръга на предоставените му от закона правомощия. В разпоредбата на чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ /в относимата към момента на постановяване на оспорения акт редакция/ е указано, че управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на Управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Съгласно чл.5, т.13 от Устройствения правилник на Министерството на икономиката, в съответствие с Конституцията на Република България министърът организира дейността по Оперативна програма "Иновации и конкурентоспособност" 2014 – 2020 г. Предвид така цитираните правни норми на ЗУСЕСИФ и Устройствения правилник на министерство на икономиката се обосновава извод, че Управляващият орган не е именно в структурата на министерството и се ръководи от министъра или оправомощено от него лице. От описаната по-горе фактическа обстановка се установява, че със Заповед № РД-16-5/06.01.20 г. на Министъра на икономиката и Управляващ орган на Оперативна програма е оправомощен С. К.– главен директор на Главна дирекция "Европейски фондове за конкурентоспособност" да изпълнява функциите на Управляващ орган с всички произтичащи от това права, задължения и отговорности, детайлно разписани. В този смисъл, оспореното в настоящото производство решение е постановено от компетентен орган в кръга на предоставените му правомощия.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В настоящият случай, установената от закона писмена форма е спазена, а оспореният акт е мотивиран, като са посочени както фактическите, така и правни основания за неговото издаване. В оспореният акт са посочени приетата за установена от административния орган фактическа обстановка и доказателствата, въз основа на които са установени фактите; цитирани са правните норми, послужили като основание за постановяване на административния акт. Същият съдържа изискуемите от нормата на чл. 59, ал. 2 от АПК реквизити.

Според настоящият съдебен състав, в производството по издаване на акта не са допуснати съществени нарушения на административно-производствените правила. Принципът на правната сигурност изисква правната уредба да позволява на заинтересованите лица да се запознаят с точния обхват на задълженията, които тя им налага. Всъщност, правните субекти трябва да имат възможност да се запознаят по недвусмислен начин със своите права и задължения и да действат съобразно с тях. Това повелително изискване на правната сигурност се налага с особена строгост, когато правната уредба може да породи финансови последици, какъвто безспорно е настоящия случай (в този смисъл Решение от 21 юни 2007 г. на СЕС по дело S. R.-projecten, C-158/06, т. 25-26). В съответствие с този принцип, законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция, ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото е безспорно, че на жалбоподателя е била дадена такава възможност и същият е упражнил правото си да направи възражения, поради което не се и твърдят нарушения на процесуалните норми до степен, нарушили правото му на защита по неотстраним при преценката на спора по същество начин. В тази връзка, съдът намира за неоснователни твърденията на жалбоподателя за нарушения на административно-производствените правила, в т.ч. И за липса на мотиви на акта.

По приложението на материалния закон съдът намира за установено следното:

Според разпоредбата на чл.2, т.36 от Регламент №1303/2013 нередност е: „всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза“.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно, българският законодател приема, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ основания води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като води до отчитането на неоправдан разход в общия бюджет. В тази връзка, в тежест на органа е на първо място да установи наличие на действие или бездействие на субект на правото, действащ в качеството си на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни фондове, което действие/бездействие има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

В случая органът твърди, че са налице няколко нарушения, засягащи норми от Закона за обществените поръчки. Тези нарушения, ако бъдат доказани като осъществени, ще

попаднал в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет. Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ в настоящият случай е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г. Редът за налагане и извършване на финансови корекции е регламентиран в ЗУСЕСИФ и цитираната Наредба. Приложение намира и НАРЕДБА № Н-3 от 8.07.2016 г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и с ертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество. Приложими актове от законодателството на ЕС са Регламент /ЕС/ № 1303/2013 и Директива 2004/18/ ЕО, в хипотезата на неправилното й, неясно или неточно приложение. Приложение намира и Решение от 26.05.2016 г. на Съда на ЕС постановено по обединени дела С-260/14 и С-261/14.

В настоящия случай, страните не спорят относно установената с решението фактическа обстановка. Спорът е изцяло по правилното приложение на материалния закон и се свежда до отговор на въпроса дали в конкретния случай са налице всички материалноправни предпоставки за извършване на финансовата корекция. Изцяло в тежест на ответника е да установи наличието на правните основания за постановяването на финансовата мярка по обжалваното решение по силата на чл. 170 от АПК.

Финансовата корекция се определя като отмяна на всички или част от публичния принос за дадена операция или оперативна програма чл. 143, ал. 2 от Регламент 1303/2013 г. Посочената корекция се налага едва след като е констатирана от управляващия орган нередност, която съгласно нормата на чл. 2(3б) от Регламент 1303/2013г. изисква наличието на три предпоставки, които следва да бъдат осъществени и доказани. Същите са: 1. нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, 2. което да произтича от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, 3. което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход. Следва да се посочи, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2 (3б) Регламент № 1303/2013 е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v С.,

C-199/03, EU: C:2005:548, т. 31; решение Chambre L., C-465/10, EU: C:2011:867, т. 47; решение Firma, C-59/14, EU: C: 2015:660, т. 24; решение W., EU: C: 2016:562, т. 44).

Основанията за налагане на финансова корекция са предвидени в нормата на чл. 70, ал.1 от ЗУСЕСИФ, докато нормата на чл. 70, ал 2 от същия закон съгласно § 8, ал 2 и ал.3 от с.з. препраща към приложението 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г. Целта на налагане на посочените финансови корекции е визирана в чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията при която всички

разходи, сертифицирани пред Европейската комисия да са в съответствие на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Следва да се посочи, че финансова корекция не е санкция, в този смисъл Регламент (ЕО Е.)№ 2988/95 чл. 4, решение от 26.05.2016 г. по съединени дела C-260/14 и C-261-14, решение C-158/08 СЕС, C-341/2013, C-599/13 на СЕС, където се обяснява, че задължението за връщането на облага, недължимо получена чрез нередност не представлява санкция, а просто последица от установяване, че условията, необходими за получаване на облагата, произтичащи от правовата уредба на Съюза не са били спазени, като по този начин получената облага се явява недължима. С оглед на гореизложеното следва да се има предвид, че финансовата корекция като размер се определя пропорционално само за предвиденото финансиране от страна на европейските фондове, но не и това от бюджета на Република България или собствено финансиран.

Предметния обхват на проверката за нередности е определен в Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от 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 /ПМС№ 57/2017/, където е предвидено, че нарушенията следва да са свързани с **обявяване, оценяване и изпълнение на обществените поръчки по ЗОП.**

В настоящият казус претендираните от страна на административния орган две нарушения на националното право са свързани както с наличието на ограничителни изисквания в критериите за подбор на изпълнител (чл.59, ал.2 ЗОП), така и с изпълнител, който не отговаря на изискванията на възложителя (чл.107, ал.1, т.2, б."б" ЗОП). По делото няма спор относно качеството на жалбоподателя като икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове. Спорно е обстоятелството дали са налице твърдените от страна на административния орган нарушения на вътрешното (национално) право. В случая посочените нарушения са квалифицирани като и нередности по т.11 и т.14 от Приложение №1 към чл.2 от Наредбата.

По отношение на твърдяното от органа нарушение на чл.59, ал.2 ЗОП :“участниците следва да разполагат най-малко с един сервизен или друг специалист с професионална компетентност преминал на обучение при производителя на апаратурата.”

Така въведеното изискване към участниците според настоящия съдебен състав не противоречи на посочения от УО законов текст. Касае се за минимално

изискване, гарантиращо качествено изпълнение на предмета на обществената поръчка, даващо възможност на възложителя да прецени на този начален етап възможността на изпълнителя за изпълнение на поръчката, като преценката е за целесъобразност и е в оперативната самостоятелност на възложителя. Разбира се, тази преценка е ограничена от критериите по чл.59, ал.2 от ЗОП, но те сами по себе си не изключват правната възможност на възложителя да проверява техническите възможности на участника, когато предмета на поръчката е сложен, както в настоящия случай или със специално предназначение. В този смисъл е практиката на ВАС, както посочена от оспорващия и обективирана в Решение №11338/28.10.2015г. По адм.д. № 9517/2015г. На ВАС, така Решение №4127/13.04.20г. По адм.д. № 9774/2019г. На ВАС и др. В конкретния случай обоснована се явява необходимостта, заложена като критерий от възложителя, участниците следва да разполагат най-малко с един сервизен или друг специалист с професионална компетентност преминал на обучение при производителя на апаратурата. От значение е обстоятелството, че предмета на поръчката обхваща специализирано лабораторно оборудване за химическа лаборатория. Течния хромограф и водородния генератор, следва да се използват в аналитичната химия и биохимия, което включва работа с различни химични вещества - агресивни и отровни агенти. Това налага спазване от страна на изпълнителя на всички специфични изисквания на производителя за инсталация, монтаж и начин на поправка при повреди в срока на гаранционно обслужване. Именно специфичните познания придобити в хода на обучението при производителя на конкретно предлаганото оборудване, гарантират в най-голяма степен качествено изпълнение на всички дейности, включени в предмета на обществената поръчка. По изложените обстоятелства настоящият състав приема за необосновано и недоказано от органа, че цитираните по-горе изисквания са ограничителни. По отношение на обективираното нарушение в т.2 от решението, съдът констатира, че независимо от приетото от органа, че следва да приеме приключване на процедурата по определяне на финансова корекция без установено нарушение с финансово отрожение в диспозитива на решението е формиран извод за извършено такова и е наложена корекция, което е допълнителен аргумент за отмяна на така постановеното решение. Предвид изложеното съдът намира, че оспорения акт - е издаден от компетентен орган и в предвидената от закона форма, но при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и в противоречие с материалноправни разпоредби на закона, т.е. по отношение на същия са налице отменителните основания по чл.146, т.3 и т.4 от АПК, поради което и с решението по делото същият следва да бъде отменен, като незаконосъобразен.

Относно разноските.

С оглед изхода на спора по настоящото производство и на основание чл.143, ал.1 от АПК, съдът намира, че следва да уважи претенцията за разноски на жалбоателя направени в подадената до съда жалба, като на същия следва да бъде присъдено заплатеното възнаграждение в размер на 300 лева и 52,92 лв. д.т.

С тези мотиви, съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на “С. тех парк” с ЕИК[ЕИК] срещу Решение №РД16-337/24.04.20г., с което е определена финансова корекция в размер на 5% от размера на предоставената по договор за ОП №Д-154-2019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-015/04.10.2019г. С изпълнител “Ш. Х. М.Б.Х. К.-клон С.” в размер на 4633.26лв. При обща стойност на договора 93 000лв. С ДДС и 5% от предоставената с ДОП Д-153-2019/BG16RF0P002-1.003-0001-C01-Su-014/04.10.2019г. С изпълнител “АСМ” Е. размер на 658.58лв.

ОСЪЖДА Министерски съвет да ЗАПЛАТИ на “С. тех парк” с ЕИК[ЕИК] сума в размер на 352,92 лв. направените по настоящото производство деловодни разноски.

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

СЪДИЯ: