

РЕШЕНИЕ

№ 1848

гр. София, 22.03.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 23.02.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **8788** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по повод на жалба вх. № 27911 от 08.09.2020 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № 11 – 00 - 113 от 31.08.2020 г. по описа на Изпълнителна агенция „Оперативна програма“Наука и образование за интелигентен растеж“, подадена от Софийски университет „С. К. О.“, ЕИК[ЕИК], с адрес [населено място], [улица], представляван от ректора проф. дфн А. Г. срещу решение № 0401 – 32 от 20.08.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014 – 2020 (ОП „НОИР”) за определяне на финансова корекция в размер на 10% върху предоставена безвъзмездна помощ от ЕСИФ по Договор № 80.09 - 30 от 17.02.2020 г. на стойност 1 918 400,00 лв. без ДДС, сключен с Х. S.A.S., в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка, инсталация и въвеждане в експлоатация на многофункционална апаратура за рентгеново разсейване във факултета по химия и фармация на софийски университет по Проект BG05M2OP001-1.002-0012”.

С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение като незаконосъобразно, неправилно и немотивирано. Жалбоподателят възразява срещу посоченото в решението, че са използвани дискриминационно и ограничаващо достъпа на кандидатите или участниците условия с въведеното изискване да бъде представено „оторизационно писмо от производителя, че участникът има право да извършва

доставка и гаранционно обслужване на оборудването на територията на Република България”. Оспорващият алтернативно посочва, че дори и да има извършено нарушение, то следва да се санкционира само с 5% финансова корекция. Допълнително се излагат доводи, че решаващият орган бланкетно е разгледал възражението на жалбоподателя, без да бъдат изложени мотиви защо не се приема. Излагат се подробни аргументи по съществуването на спора. В хода на съдебното производство – жалбоподателят редовно призован, се представлява от юрк. С., който поддържа жалбата, предлага да се уважи и претендира разноски.

Ответникът - изпълнителният директор на ИА „ОП“НОИР“ и ръководител на управляващия орган на ОП НОИР, редовно призован, се представлява от юрк. К., който оспорва жалбата, предлага да не се уважава, депозира писмено становище и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като взе предвид представените по делото доказателства и становищата на страните, приема за установено следното от фактическа и правна страна:

От данните по делото се установява, че жалбоподателят е кандидатствал по процедура BG05M2OP001 – 1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност “ по приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие”. Сключен е административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001 – 1.002 – 0012 - С01 „Устойчиво оползотворяване на био ресурси и отпадъци от лечебни ароматни растения за иновативни биоактивни продукти.”.

В изпълнение на част от дейностите по проекта е подготвена проектна документация за възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП чрез открита процедура, с предмет „Доставка, инсталация и въвеждане в експлоатация на много – функционална апаратура за рентгеново разсейване във Факултета по Химия и Фармация на СУ „Св. К. О.”. С решение № РД – 49 – 107 от 26.06.2019 г. жалбоподателят/възложител открил процедурата. Поръчката е обявена, съгласно Директива 2014/24/ЕС/ЗОП. С решение № РД – 214 от 04.11.2019 г. е посочен избраният изпълнител, въз основа на което е сключен Договор № 80.09 – 30 от 17.02.2020 г. между жалбоподателя и Х.. S.A.S. Цената на договора е 1 918 400,00 лв. без ДДС и 2 302 080,00 лв. с ДДС.

В административната преписка съдържа и писмо № 0401 – 32 от 27.07.2020 г., с което ръководителят на УО на ОП НОИР е уведолил жалбоподателя, че е извършена проверка на законосъобразността на проведена обществена поръчка с предмет „Доставка, инсталация и въвеждане в експлоатация на многофункционална апаратура за рентгеново разсейване във факултета по Химия и фармация на софийски университет по проект BG05M2OP001 – 1.002 – 0012”. В писмото е посочено, че са констатирани нарушения, касаещи използване на условие за изпълнение на поръчката, което е дискриминационно и такова, което ограничава достъпа на кандидатите или участниците.

Жалбоподателят е подал писмено възражение изх. № 12 – 00 – 256 от 06.08.2020 г. След получаване на писмените възражения на жалбоподателя, изпълнителният директор на ИА „НОИР” и ръководител на УО на ОП НОИР издава решение за определяне на финансова корекция № 0401 – 32 от 20.08.2020 г., с което определя финансова корекция в размер на 10% върху допустимите разходи по засегнатия договор, сключен с Х.. S.A.S..

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 8 –ми състав направи следните правни изводи:

Оспореното решение е връчено по електронен път на 11.10.2019 г. на жалбоподателя, видно от приетата по делото комуникация (л. 69), жалбата е подадена на 23.10.2019 г., чрез ответника, от надлежна страна имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е ОСНОВАТЕЛНА.

Съобразно разпоредбата на чл. 168, ал.1 от АПК, съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

В случая при налагане на финансовата корекция не са спазени процесуалните изисквания на закона, като са допуснати съществени процесуални нарушения, които са довели до нарушаване правото на защита на дружеството - жалбоподател, а от там и до незаконосъобразност на наложената финансова корекция.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, съгласно приетите по делото заповед № Р – 90 от 10.05.2017 г. на министър председателя на Република България.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал.1, т. 9 и ал.2, чл. 71, ал.1 и ал.2 и чл. 72, ал. 1 – 5 от ЗУСЕСИФ и т. 11 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 във връзка с чл. 70, ал. 5, изр. последно и ал. 7, т. 1, т.2 и т. 3, б. „б” от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Констатираното представлява нарушение на чл. 2, ал.1, т.2 и чл. 2, ал.2 от ЗОП.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла 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 на следните основания: 9. 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. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание и мотиви представлява съществено нарушение на процесуалните правила и предпоставя незаконосъобразност на административния акт.

В процесното решение е посочената като нарушена норма на чл.2, ал.1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, която въвежда принципа, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 2. Свободна конкуренция. Както и че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на

обществената поръчка. Прави впечатление и че двете констатирани от ответника нарушения са квалифицирани като такива по чл.2, ал.1, 2 и ал.2 от ЗОП, независимо че за първото нарушение са изложени мотиви за въведено дискриминационно условие.

При наличието на разнопосочност между мотиви и диспозитив на първото твърдяно нарушение, то е налице съществено процесуално нарушение, което ограничава възможността на жалбоподателя и на съда да разберат какво точно е то и дали правилно е определена правната квалификация.

В решението е посочено, че констатираното нарушение, за което се твърди, че е дискриминационно, е квалифицирано като такова по т.10, б. „б” от Приложение 1 на Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентни показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата). Съгласно текстът на т.10, б. „б” от Наредбата нередността като вид е „Използване на: – основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или – условия за изпълнение на поръчката, или – технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания”, която се описва по следния начин:” б) съществува нередност при описаните по-горе хипотези, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор”. Видно от описателния начин на нередността б. „б” препраща към някоя от хипотезите по б. „а”, административният орган се е ограничил само да посочи, че не са налице елементи на фактическия състав на нарушение по т. 10, б. „а” без изрично да изпише мотиви точно коя от хипотезите е налице. Органът се е ограничил само бланкетно да се позове на б.”а”, но така ограничава правото на защита на жалбоподателя, защото той не може да разбере в коя хипотеза точно подаде, независимо, че в процедурата са подали двама и повече участника документи. Те точното описание на вида нарушение също е основание отмяна на процесното решение в тази му част.

По отношение на второто твърдяно нарушение, съдът намира, че не е допуснато разминаване между мотиви и посочена правна квалификация. По тази причина решаващият съд споделя разбирането на органа, че при определяне на условията за изпълнение на поръчката, възложителят е заложил в част III „Изисквания към офертите и необходими документи”, т.3.5 „Техническо предложение съдържащо”, подточка 3.5.3. следното „оторизационно писмо от производителя”, жалбоподателят е въвел ограничаващо условие, което попада в обхвата на т.11, б.”б” от Приложение 1 към Наредбата. Посочената квалификация на предиждаследния вид нарушение: „Използване на: – основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или – условия за изпълнение на поръчката, или – технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, отговарящо на следното описание „б) случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор”. При така определената квалификация на нередовност от една страна нарушението не е дискриминационно по смисъла на т.10 от Приложение 1 от Наредбата, но по смисъла на б. „б” на разпоредбата е дискриминационно и не е довело до ограничаване на участници, защото са се явили двама или повече.

При тези данни съдът приема, че в мотивите по т. 2 от решението и констатираното второ нарушение, същото не се класифицира като дискриминационно , а му се налага санкция като такава. При това положение е налице разминаване между правна квалификация и мотиви на органа, което води до невъзможност да се установи действителната му воля.

По изложените съображения жалбата се явява основателна и като такава следва да се уважи, а оспореното Решение за определяне на финансова корекция № 0401 – 32 от 20.08.2020 г. на Ръководителя на Управителния орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж”, да се отмени.

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 8 - ми състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение за определяне на финансова корекция № 0401 – 32 от 20.08.2020 г. на Ръководителя на Управителния орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено

СЪДИЯ: