

РЕШЕНИЕ

№ 6320

гр. София, 02.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 25.05.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова-Десподска

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **7746** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. 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 Министерство на здравеопазването, с адрес: [населено място], пл. Св. Неделя № 5, депозирана чрез процесуалния му представител юрк. Т. Т. срещу решение № РД-02-36-101 1/09.07.2020 г., издадено от Д. Н. в качеството ѝ на заместник-министър и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР при Министерството на регионалното развитие и благоустройството, с което му е наложена финансова корекция в размер на 5 % от всички допустими разходи по сключения в резултат на проведена процедура по ЗОП договор с предмет „Доставка на високо технологичен линеен ускорител за нуждите на МБАЛ [фирма] - [населено място]“1 с изпълнител [фирма], [населено място] (ДФ № ВО1 6 1РО001 /1.1 -08/20 10/009)

В сезиращата съда жалба жалбоподателят е изложил доводи за незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречие с материалния закон, необоснованост и немотивираност. Направено е възражение за изтеклата погасителна давност за издаване на процесното решение съгласно чл. 3 § 1 на Регламент № 2988/95 на Съвета от 18.12.1995 г. Посочва, че преди образуването на процедура, довела до издаването на оспорения акт, давността, касаеща извършеното нарушение, подлежащо на финансова корекция, не е била прекъсвана. Първият акт и действие на компетентен орган, отнасящи се до описаната по-горе нередност, е полученото в МЗ писмо №

ОПРР-9-1/03.06.2020 г. на ръководителя на управляващия орган на ОПРР при Министерството на регионалното развитие и благоустройството, поради което оспореният акт е издаден след изтичане на предвидения в Регламент № 2988/95 на Съвета от 18.12.1995 г. давностен срок. По същество на спора излага доводи, че не е налице нарушение на чл. 64, ал. 3 от ЗОП /отм./ и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП /отм./, представляваща нередност по смисъла на т. 4.1 „Незаконносъобразни срокове за получаване на оферти или срокове за получаване на заявления за участие", буква „г" „при незаконносъобразно съкращаване на нормативно установените срокове, което е по-малко от 30 на сто" и по т. 5.1 „Недостатъчен срок за достъп до документацията за обществена поръчка за потенциалните участници/кандидати", буква „б“ „срокът за достъп до документацията за обществената поръчка от потенциалните участници/кандидати е по-кратък от 80 на сто от определения в съответствие с приложимите разпоредби срок за получаване на офертите“ от 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 ЗУСЕСИФ. Счита, че ЗОП /в приложимата редакция/ не съдържа разпоредба, която да определя кой срок е достатъчен и кой не е, а само съдържа разпоредби единствено за точната продължителност на сроковете и за основанията и размерът на тяхното намаляване. Излага подробни съображения, че извършеното от него намаление на срока със 7 дни по чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.), както и разликата от 10 дни между датата на получаване документите и на офертите било в съответствие с действащата към датата на провеждане на процедурата законовата уредба. Счита също, че неправилно е изчислена основата, върху която следва да бъде наложена финансовата корекция. Това не следвало да бъде нито стойността на договора, нито стойността на верифицираните разходи, а единствено онази част от последните, които са финансирани от средства на Европейските структурни и инвестиционни фондове. С оглед на изложеното моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт, като незаконносъобразен. Претендира разноски по делото, съобразно представен списък по чл. 80 от ГПК .

Ответникът - Заместник-министъра и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. при Министерство на регионалното развитие и благоустройство, редовно призован, не се представлява. По делото са депозиран писмени бележки от процесуалния му представител юр. Г., в които са изложени подробни доводи за законосъобразността на оспорения акт. Претендира разноски по делото, съобразно представен списък на разноските по реда на чл. 80 от ГПК.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

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:

Не се спори по делото, че между Министерство на регионалното развитие и благоустройството и жалбоподателят е сключен Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Региони в растеж“ 2007-2013 г. № BG161PO001/1.1-08-/2010, с наименование на договора „Подкрепа за реконструкция, обновяване и оборудване на държавни лечебни и здравни заведения в

градските агломерации“, с наименование на проекта „Изграждане на онкологичен и лъчетерапевтичен център „Света М.“ В..

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения жалбоподателят, в качеството му на бенефициент по предоставената помощ е провел процедура за обществена поръчка с предмет: „Доставка на високо технологичен линеен ускорител за нуждите на МБАЛ [фирма] - [населено място], по проект част от СРИЛ на МЗ“, в следствие на което е сключил с изпълнител [фирма], договор № РД-11-412 на стойност 4 998 487 лева без ДДС или 5 988 184,40 лева с ДДС.

Видно от представеното към административната преписка писмо /л. 49 от делото/, приобщено към доказателствения материал по делото Управляващият орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2007-2013 г. е уведомил жалбоподателят, че е регистриран сигнал за нередност № 1465, относно нарушения при изпълнение на договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ (БФП) № ВО161Р0001/1.1-08/2010/009 по ОПРР, по който Министерство на здравеопазването е бенефициент. В писмото е посочено, че с Решение № 14782 от 04.12.2017 г. Върховният административен съд (ВАС) е обявил нищожността на акт за налагане на финансова корекция, обективирана в писмо изх. № 99-00-6-1399/28.10.2015 г., поради допуснатото нарушение на материалната компетентност. В мотивите си ВАС е приел, че процесният акт е издаден от некомпетентен орган, което има за последица нищожност на административния акт. УО на ОПРР е приел, че са налице и двете предпоставки от хипотезата на чл. 173, ал. 2 от АПК - актът е прогласен като нищожен, поради некомпетентност на органа, но едновременно с това естеството му не позволява решаването на въпроса по същество от съда, доколкото съдът не би могъл да постанови решение за определяне на финансова корекция (това е изключително правомощие на административния орган). Посочено е, че след като нередността е била установена и регистрирана (чл. 14, ал. 3 от Наредба за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския Съюз (загл. доп. - ДВ, бр. 6 от 2012 г.), УО на ОПРР следва да проведе отново процедурата по приложимия ред за извършване на финансови корекции от компетентния орган, която започвала с първия акт по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, и съответно приключва с решението по ал. 1 на същата разпоредба.

Бенефициерът е уведомен с писмо изх. № 99-00-6-1399/01.06.2020 г. за сигнала за нередност, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция.

Не се спори по делото, че в двуседмичния срок за възражение по чл. 73, ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове жалбоподателят е депозирал възражения с писмо № 99-00-6-1399/18.06.2020 г., в които е изложил подробни доводи за липса на нарушения.

С решение № РД-02-36-101 1/09.07.2020 г., издадено от Д. Н. в качеството ѝ на заместник-министър и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР при Министерството на регионалното развитие и благоустройството, на Министерство на здравеопазването е приключен сигнала за нередност с рег. № 1465 и във връзка така установените нередности по т. 4.1 „Незаконсъобразни срокове за получаване на оферта или срокове за получаване на

заявления за участие, буква „г" при незаконосъобразно съкращаване на нормативно установените срокове, което е по-малко от 30 на сто" и т. 5.1 „Недостатъчен срок за достъп до документацията за обществена поръчка за потенциалните участници/кандидати, буква „б" срокът за достъп до документацията за обществената поръчка от потенциалните участници/кандидати е по-кратък от 80 на сто от определения в съответствие с приложимите разпоредби срок за получаване на офертите" от Раздел I "Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана" към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи нарушение на чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП (отм.) по т. 1. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 (отм.) във връзка с чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) по т. 1.2, е наложена финансова корекция в размер на 5 % от всички допустими разходи по сключения в резултат на проведена процедура по ЗОП договор с предмет „Доставка на високо технологичен линеен ускорител за нуждите на МБАЛ [фирма] - [населено място]"¹ с изпълнител [фирма], [населено място] (ДБФ № ВО1 6 1РО001 /1.1 -08/20 10/009).

По делото са приобщени като доказателства и всички такива представените с административната преписка.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК:

Преди да разгледа спорът по същество, съдът е длъжен да се произнесе по направеното от жалбоподателят възражение за изтекла погасителна давност.

Съдът намира довода на жалбоподателя за изтекла погасителна давност и с оглед на това за липсата на времева компетентност на органа да наложи финансовата корекция за неоснователен.

Разпоредбата на чл. 3, § 1, ал. 1 от Регламент № 2988/95 въвежда общо правило за давност (минимален срок), приложимо в разглежданата област на регулиране, определяйки срокът за давност за процедурите на четири години от момента, в който нередността по смисъла на член 1, § 1 е извършена. В случай на продължаваща или повторно извършена нередност срокът за давност започва да тече от датата, на която нередността е прекратена. Според решение на СЕС по дело С-465/2010 СЕС, когато бенефициерът в качеството си на възлагащ орган не е спазил правилата за възлагане на обществени поръчки, е налице хипотеза на "продължаваща нередност" по смисъла на чл. 3, § 1, ал. 2 от Регламент № 2988/95 и следователно четиригодишният давностен срок за възстановяване на недължимо платената на получателя на субсидията сума започва да тече от деня, в който завършва изпълнението на неправомерно сключения договор за обществена поръчка.

В случай на многогодишна програма срокът за давност във всеки случай продължава, докато програмата изрично не бъде прекратена – чл. 3, § 1, ал. 2, изр. 2 от същия

регламент. Нормата на ал. 3 на чл. 3, § 1 предвижда прекъсване на срока за давност от всяко действие на компетентните органи, което е нотифицирано на лицето, свързано с разследването или правните действия, отнасящи се до нередността. Срокът за давност започва да тече отново след всяко действие, което го прекъсва. Абсолютна давност в размер на двукратния давностен срок е регламентирана в чл. 3, § 1, ал. 4 от регламента. Съгласно чл. 3, пар. 2 държавите-членки запазват възможността да прилагат срок, който е по-дълъг от предвидения в цитирания регламент. Доколкото финансовите корекции, недължимо платените и надплатените суми, неправомерно получените или неправомерно усвоените средства по проекти, финансирани от фондовете на ЕС, имат статута на публични държавни вземания по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 8 ДОПК, то би могло да се приеме, че националното право предвижда по-дълъг давностен срок, покривайки погасяването им с изтичането на петгодишна давност, респ. - с абсолютна десетгодишна давност, независимо от спирането и прекъсването на давността (чл. 171 ДОПК).

При така очертаната в Регламент № 2988/95 нормативна уредба на института на давността и наличната практика на СЕС по приложението ѝ, следва извод, че давността не е изтекла, независимо от фактическите изложения в жалбата.

По валидността на акта:

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. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед № РД-02-36-1179 от 26.09.2018 г., на основание чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 5, ал.4 и ал.1, т. 10 от Устройствения правилник на министерството на регионалното развитие и благоустройството, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма "Регионално развитие" 2007-2013 г. и на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството Д. Н. /подписала процесното решение/. Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно чл. 5, ал. 2 от Устройствения правилник на МОСВ и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕСИФ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Оспорения административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2007-2013 г. е издаден в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатираните нередности по проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на високо технологичен линеен ускорител за нуждите на МБАЛ [фирма] - [населено място], по проект част от СРИЛ на МЗ“ на обща стойност 4 998 487 лева без ДДС или 5 988 184,40 лева с ДДС. А от правна страна за налагане на финансовата корекция са посочени чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 4.1 и т. 5.1 от Раздел I

"Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана" към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности във вр. чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП (отм.) по т. 1.1 и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 (отм.) във връзка с чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) по т. 1.2.

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 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. В чл.73, ал. 3 ЗУСЕСИФ е предвидено, че решението по, ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е спазено. Представени са и възражения от страна на жалбоподателя, във връзка основателността на регистрирания при УО на ОПРР сигнал.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Съгласно пар. 8, ал. 2 ЗУСЕСИФ приетите от Министерския съвет нормативни актове, които уреждат обществени отношения, предмет на закона, запазват своето действие по отношение на програмния период 2007 г. - 2013 г., в частност такова действие има Методологията за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма „Солидарност и управление на миграционните потоци“ /МОФК/. 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. В пар. 1, ал. 1 от ПЗР на ПМС № 57/2017 г. изрично е вписано, че се отменя Постановление № 134 на Министерския съвет от 2010 г. за приемане на горесцитираната МОФК. Съгл. ал. 2 на същата разпоредба ПМС № 134/2010 г. се прилага до издаването на декларация за приключването и окончателен контролен доклад на програмен период 2007 – 2013 г. за програмите, съфинансирани със средства от Структурните фондове, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма “Солидарност и управление на миграционните потоци” на Европейския съюз или до окончателното затваряне на програмите от Европейската комисия. В случая няма спор, че се касае за Оперативна програма Региони в растеж 2007-2013 г., което е видно от предмета на ДПБФП, но с оглед обстоятелството, че производството е започнало отново във връзка постановеното от ВАС, решение № 14782 от 04.12.2017 г. и е констатирана нередност към дата на приложението на Наредба за посочване на нередностите, то същата следва да се счита за меродавна. По отношение на приложимия Закон за обществените поръчки: видно от описаните във фактическата част на настоящото решение документи датата на обявяване на процесната ОП е 25.04.2014 г.

Действащият ЗОП е обнародван в ДВ, бр. 13/16.02.2016 г., но е в сила от 15.04.2016 г., от която дата е отменен ЗОП, обн., ДВ, бр. 28 от 6.04.2004 г., в сила от 1.10.2004 г., поради което по отношение на процесната ОП намират приложение именно разпоредбите на ЗОП /отм./, както е приел и административният орган.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова

корекция се свързва с проверка дали е сочено от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размера при прилагане на пропорционалния метод, и дали са пречки за настъпване на разпоредените последици. Основание за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередност чрез посочените като нарушения на ЗОП /отм./ чрез действия, осъществени в хода на процедура по възлагане от Министерство на здравеопазването на обществена поръчка с посочения по-горе предмет.

В мотивите на оспореното решение се сочи, че идентифицираните в т. 1.1 и т. 1.2 нарушения като такива с финансово влияние съставляват един от елементите на определението за нередност съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013 г. обуславяща и задължение на договарящите държави членки или Комисията да го санкционира. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 Регламент №1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е дали, защото МЗ безспорно е юридическо лице, има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на бюджетни средства, част от които са с източник финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

В тежест на административният орган с оглед на чл.170, ал.1 от АПК е да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от А. по проведената обществена поръчка, както и, че е дали вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е, да е дали и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административният орган, в проведеното административното производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

В процесния административен акт, са изложени мотиви, съгласно които процесната обществена поръчка е засегната от отделни нарушения описани в т. 1.1 и т. 1.2 – едното е, че обществената поръчка е проведена при недостатъчен срок за подаване на офертите, което е създавало предпоставки за намаляване на конкурентната среда, а другото е, че обществена поръчка е проведена при недостатъчен срок за достъп до документацията, което е създавало предпоставки за намаляване на конкурентната среда. Така констатираните нарушения по смисъла на 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от ЗОП (отм.) по т. 1.1 и чл. 2, ал. 1, т. 1, 2 и 3 (отм.) във връзка с чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) по т. 1.2, представляват нередност по т. 4.1 и т. 5.1 от Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности.

Тези изводи на съда се споделят от настоящият съдебен състав.

Съгласно чл. 64, ал. 1 ЗОП (отм.) при провеждане на открита процедура възложителят изпраща обявлението за обществена поръчка до агенцията за вписване в Регистъра на обществените поръчки (Р.) най-малко 52 дни преди крайния

срок за получаване на офертите, а в случаите по чл. 14, ал. 3 - най-малко 40 дни преди крайния срок. Според ал. 2 сроковете по ал. 1 могат да се намалят до 36 дни, когато предварителното обявление е изпратено за публикуване между 52 дни и 12 месеца преди датата на изпращането на обявлението по ал. 1 и съдържа информацията, налична към датата на изпращането му. Съгласно ал. 3 срокът за получаване на офертите може да бъде намален с още 12 дни, ако обявлението за обществена поръчка е изпратено по електронен път (7 дни) и до документацията за участие е осигурен пълен електронен достъп (5 дни).

Не се спори, че възложителят е изпратил обявлението за ОП на 25.04.2014 г. и същото е публикувано в Р. на 28.04.2014 г. От текста на обявлението се установява, че възложителят в раздел IV.3.3 е определил крайният срок за получаване на искания за документи или достъп до документи до 26.05.2014 г., а в раздел IV.3.3 е определен краен срок за получаване на офертите или на заявления за участия – 05.06.2014 г. При така заявените параметри, безспорно по делото се установява, че срокът за получаване на оферти е съкратен от 52 календарни дни на 41 дни, като жалбоподателят е приложил и двете хипотеза на чл. 64, ал. 3 от ЗОП /отм./ - изпращане на обявлението по електронен път и публикуване на документацията в профила на купувача. Правилно и законосъобразно от страна на административният орган е прието, че не е налице втората предпоставка за намаляване на срока, с още 5 дни /в процесния случай с 4 дни/ , а именно, тази касаеща намаляването на срока ако от датата на публикуване на обявлението в електронен вид възложителят предостави пълен достъп по електронен път до документацията за участие в процедурата и ако в обявлението е посочен Интернет адрес, на който тя може да бъде намерена.

Жалбоподателят в раздел III 2.1) от обявлението и в Раздел III, част I, т. 1.1,15 от документацията за участие е предвидил условие, че участникът следва да представи в офертата си документ за закупена документация за участие. От анализа на така посоченото, се установява, че за да кандидатства даден участник в процедурата, същият следва да е закупил документацията за участие. След като е налице такова изискване за допустимост, то предоставянето на пълен достъп по електронен път до документацията за участие в процедурата е ирелевантно за случая.

Това е така, тъй като предоставеният достъп до документацията на електронния адрес на възложителя е непълен и ограничен, а извършеното намаление на срока за подаване на оферти с още 5 дни на основание чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.), е в противоречие с изискванията на цитираната правна норма, защото за закупуване на документацията и нейното фактическо получаване, потенциалният участник следва да отдели допълнителен времеви и финансов ресурс, независимо от възможността за запознаване с тази документация, публикувана на интернет страницата на възложителя, и възможността чрез разпечатка на съответния файл да получи тази документация в идентичен вид с този, който евентуално ще получи след закупуването ѝ.

По този начин изискването за пълен достъп по електронен път е лишено от смисъл, тъй като достъпът не може да се използва за безплатно изтегляне на документацията, което да осигури директно участие на кандидата в обществената поръчка. След като възложителят се е възползвал от правото си да заложи изискване за закупуване на документацията, за него не е налице право да се възползва от предвидената в чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.) възможност да съкрати срока с 5 дни поради осигурен пълен електронен достъп.

Съобразно изложеното правилно е прието от УО на ОПАК, че в конкретни казус срокът по чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.), е незаконосъобразно намален с 4 дни /на 41 дни вместо 45 дни/, което е неправилно намаление с 9 % от предвидения за това срок и

това намаление, както правилно е отбелязал административният орган е Нарушението изразено във възприети от възложителя срокове за получаване на офертите, които са по-кратки от сроковете, посочени в приложимите нормативни актове, е правилно квалифицирано от органа като такова по т. 4.1 „Незаконосъобразни срокове за получаване на оферта или срокове за получаване на заявления за участие, буква „г“ при незаконосъобразно съкращаване на нормативно установените срокове, което е по-малко от 30 на сто“ от 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 ЗУСЕСИФ.

Относно основата и размерът на определената по т. 2.1 от решението финансова корекция:

Определянето на конкретния размер на финансовата корекция е предоставено на преценката на Ръководителя на УО, който в това отношение действа при оперативна самостоятелност. С оглед на това съдът следва да извърши проверка дали административният орган е мотивирал преценката си и дали е спазил принципа на съразмерност. В случая в решението са изложени ясни и конкретни съображения за определянето на съответния размер на финансовата корекция за установеното нарушение, а освен това същата е в минимален размер, поради което съдът приема, че са спазени изискванията за законосъобразност при упражняване на оперативната самостоятелност. В съответствие с принципа, установен в чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ и чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, административният орган е наложил една обща финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договор № Р-11-412. Правилно е определена и основата, върху която се налага финансовата корекция. В случая органът е определил финансовата корекция спрямо стойността на допустимите разходи по сключения в резултат на обществената поръчка договор. От приложения по делото договор за предоставяне на БФП е видно, че програмата се финансира със средства на Европейския фонд за регионално развитие и национално финансиране, но тъй като оспореният акт е издаден след допълнението в чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ (ДВ, бр.85 от 2017 г.), според което за средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране, съдът приема, че определената по този начин финансова корекция е законосъобразна.

Относно второто констатирано нарушение по т. 1.2, а именно, че разгледаната обществена поръчка е проведена при недостатъчен срок за достъп до документацията, съдът намира следното:

Съгласно чл. 28, ал. 6 от ЗОП (отм.), в актуалната му редакция, документацията за участие може да се закупува или получава до 10 дни преди изтичането на срока за получаване на офертите или заявленията, а за поръчки по чл. 14, ал. 3 - до 7 дни. В случая възложителят е спазил този срок, тъй като срокът за получаване на документацията е определена датата 26.05.2014 г., а за срок за получаване на оферти датата 05.06.2014 г.

Заклученията на АО са основани на разсъжденията на органа по т. 1.1. от оспорения акт- относно незаконосъобразното намаление на срока за подаване на оферти.

Незаконосъобразният срок за получаване на оферти обаче няма за последица незаконосъобразност на определения от възложителя срок за закупуване на документация за участие.

В настоящият случай възложителя обективно е поставен в хипотеза на неспазване поради недостатъчност на срока, въпреки законосъобразно извършено съкращаване на срока по чл. 64 от ЗОП (отм.) и спазване изискването на чл. 28, ал. 6 от ЗОП (отм.). Казано по друг начин, дори без да се отчете незаконосъобразното намалението на

срока с пет дни поради въведеното изискване за закупуване на документацията по чл. 64, ал. 3 от ЗОП (отм.), само при отчитане на законосъобразното намаление на срока и законното изискване за срок от 10 дни между получаването на документите и на офертите възложителят е в нарушение, защото не е осигурил достатъчен срок за получаване на документацията.

Независимо от горното, действията на възложителя /без намалението на срока с 5 дни/, са съответни на действащата към датата на провеждане на процесната обществена поръчка законова уредба.

С § 85 ДР ЗИДЗОП (ДВ, бр. 33 от 2012 г.) се въвеждат изискванията на Директива 2009/81/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 г. относно координирането на процедурите за възлагане на някои поръчки за строителство, доставки и услуги от възлагащи органи или възложители в областта на отбраната и сигурността и за изменение на директиви 2004/17/ЕО и 2004/18/ЕО (ОВ, L 216/76 от 20 август 2009 г.). Директива 2004/18 не съдържа изискването на чл. 28, ал. 6 от ЗОП (отм.), в приложимата редакция, за задължителен срок от 10 дни между получаването на документите за участие и на офертите. Такова изискване не се съдържа в относимите разпоредби на чл. 38 и 39 от директивата.

Видно е, че националният законодател не е транспонирал правилно Директива 2004/18, което е довело до нарушение на правото на Съюза. Това нарушение на правото на Съюза е посочено в Насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат внесени във финансираните от Съюза разходи в рамките на споделеното управление, в случай на неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки, приети с решение на Комисията от 19.12.2013 г. Целта на Насоките е да дадат ориентир на службите на Комисията относно принципите, критериите и ставките, които следва да се прилагат във връзка с финансовите корекции, направени от Комисията по отношение на разходи, финансираните от Съюза в рамките на споделеното управление, поради несъответствие с приложимите правила за обществените поръчки. В т. 4 на Насоките е посочено нарушение на чл. 39 (1) Директива 2004/18, което обосновава недостатъчния срок за получаване на документацията от потенциалните кандидати. Тези насоки не са нормативен акт на Съюза и не са приложимо право спрямо получателите на помощта, а спрямо държавите - членки на ЕС. Националният законодател е възприел изцяло установеното в Насоките в Приложението по чл. 5.1, от Наредбата, но за разлика от Комисията не е посочил националните разпоредби, обективиращи конкретните нарушения. Налага се извод за неправилно транспониране Директива 2004/18 в националното законодателство, а при неправилно транспониране на директива, държавата в лицето на съответните органи - в случая на ръководителя на УО, не може да се позове директно на директивата и да черпи права от нея.

В приложимата редакция на ЗОП (отм.) към датата на откриване на обществената поръчка – 25.04.2014 г. липсва разпоредба, която да определя т. нар. „достатъчност“ на сроковете. Няма правна норма, която да въвежда изрично изискване за съотношението между срока за получаване на документацията за участие и срока за получаване на офертите. Законът съдържа разпоредби единствено за точната продължителност на сроковете и за основанията и размера на тяхното съкращаване. Недостатъчност на срока за получаване на документацията за участие в обществената поръчка е въведено като нарушение на ЗОП (отм.) в т. 5.1 на 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 ЗУСЕСИФ. В цитираната точка са установени съотношенията между срока за достъп/получаване на документацията и срока за получаване на офертите, за които се приема, че

обосновават недостатъчност на срока за получаване на документацията. Процентните показатели на финансовата корекция за този вид нарушения са диференцирани в зависимост от процентното съотношение между двата срока, като за случаите, при които срокът, който потенциалните участници имат за получаване на тръжната документация, е по-малък от 80 на сто от срока за получаване на офертите, показателят на финансовата корекция (ставката) е 5 на сто. Анализът на посочените съотношения и законово установените срокове сочи, че по смисъла на т. 5.1 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата достатъчен може да бъде само срок, определен без да бъде използвано което и да е от намаленията по чл. 64, ал. 3 ЗОП (отм.).

Следователно не е налице нарушение на националното право, извършено от бенефициера, макар да е налице нарушение на правото на Съюза, което всъщност е извършено от законодателя при неправилното транспониране на Директива 2004/18. Липсва елемент на фактическия състав на нередността -действие на получателя на помощта в нарушение на правото на Съюза, както и негово действие в нарушение на националното право, свързано с правото на Съюза.

В този случай определената финансова корекция за нарушението на т. 5.1, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности в размер на 5 % върху разходите по засегнатия договор, е незаконосъобразна поради липса на нарушение.

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение в частта на установените нарушения по т. 1.1 е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и е в съответствие с целта му, поради което жалбата, в тази ѝ част, следва да бъде отхвърлена. Атакуваното решение, в частта му по т. 2.1 е неправилно и незаконосъобразно и същото следва да бъде отменено, а жалбата на Министерство на здравеопазването следва да се уважи в тази ѝ част.

По разноските по производството:

При този изход на делото право на разноски притежават и двете страни в процеса, които своевременно са ги претендирали. И двете страни в процеса претендират разноски за юрисконсултско възнаграждение, като такава им се дължи, съразмерно на уважената респ. отхвърлената част на жалбата на чл. 78, ал. 8 (Изм. – ДВ, бр. 8 от 2017 г.) от ГПК, вр.чл.144 от АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в общ размер от 200 лв. /за всяка една от страните по 100 лева, за процесуално представителство/. С оглед на това и по компенсация на жалбоподателят с оглед изхода на делото, следва се присъдят разноски съразмерно на уважената част от жалбата разноски в размер на 100 лв. за юрисконсултско възнаграждение

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София – град, Трето отделение, 70 състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Министерство на здравеопазването, Решение № РД-02-36-1011/09.07.2020 г., издадено от Д. Н. в качеството ѝ на заместник-министър и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/ при Министерството на регионалното развитие и благоустройството, **в частта**, с която за установени нарушения /посочени в т. 1.2 на решението/ на чл. 2, ал., т. 1, 2 и т. 3 от ЗОП /отм./ във вр. с чл. 64, ал. 3 от ЗОП /отм./, представляващи нередности по

т. 5.1 „Недостатъчен срок за достъп до документацията за обществена поръчка за потенциалните участници/кандидати“, буква „б“ „срокът за достъп до документацията за обществената поръчка от потенциалните участници/кандидати е по-кратък от 80 на сто от определения в съответствие с приложимите разпоредби срок за получаване на офертите“ от 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 ЗУСЕСИФ на Министерство на здравеопазването, като възложител по договор с предмет „Доставка на високо технологичен линеен ускорител за нуждите на МБАЛ [фирма] - [населено място]“1 с изпълнител [фирма], [населено място] (ДБФ № ВО1 6 1PO001 /1.1 -08/20 10/009) му е наложена финансова корекция.

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на здравеопазването срещу Решение № РД-02-36-1011/09.07.2020 г., издадено от Д. Н. в качеството ѝ на заместник-министър и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/ при Министерството на регионалното развитие и благоустройството, **в частта**, с която за установени нарушения /посочени в т. 1.1 на решението/ на чл. 64, ал. 3 от ЗОП /отм./ във вр. с чл. 2, ал., т. 1, 2 и т. 3 от ЗОП /отм./, представляващи нередности по т. 4.1 „Незаконсъобразни срокове за получаване на оферта или срокове за получаване на заявления за участие, буква „г“ при незаконсъобразно съкращаване на нормативно установените срокове, което е по-малко от 30 на сто“ от 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 ЗУСЕСИФ на Министерство на здравеопазването, като възложител по договор с предмет „Доставка на високо технологичен линеен ускорител за нуждите на МБАЛ [фирма] - [населено място]“1 с изпълнител [фирма], [населено място] (ДБФ № ВО1 6 1PO001 /1.1 -08/20 10/009) му е наложена финансова корекция.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройство да заплати на Министерство на здравеопазването, по компенсация, сума в размер на 100 лв., представляващи разноски по делото за юрисконсултско възнаграждение.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

СЪДИЯ: