

РЕШЕНИЕ

№ 3502

гр. София, 02.07.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,
в публично заседание на 02.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Анета Юргакиева

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **12730** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на [фирма], ЕИК[ЕИК], срещу Решение № РД-16-1714/24.10.2019г. на Главния директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на икономиката и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ (ОПИК), с което на дружеството са наложени три финансови корекции в общ размер на 125 976,78 лв. по проект BG16RFOP002-3.001-0666-C01, процедура „Подобряване на енергийната ефективност на малките и средни предприятия“.

Жалбоподателят счита решението за незаконосъобразно поради неспазване на установената форма – отменително основание по чл.146,т.2 АПК. Според жалбоподателя, административният орган не е изложил точно и конкретно правните основания за издаването на акта, като не може да се установи към кой вид нередност спада твърдяното ограничително условие, тъй като в решението се посочени едновременно и двете точки 10 и 11 от Приложение №2 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Твърди се, че не са посочени и фактическите основания за издаване на административния акт – не е посочена конкретна вреда, не става ясно има ли финансово отражение нарушението. Прави се оплакване, че незаконосъобразно е

определена финансовата корекция, като не е ясно посочен размерът на основата, върху която тя е изчислена. Изложени са и доводи за противоречие на оспорения акт с материалноправните разпоредби. Във връзка с констатациите за поставено ограничително изискване в публичната покана жалбоподателят изтъква, че предвид спецификата на предмета на доставка на проведената процедура, е рационално и допустимо да бъде заложено териториално ограничение за сервизна база в България. Твърди се, че никъде в публичната покана възложителят не е поставил изисквания за представяне на доказателства за сервизна база към момента на подаване на офертата, както и не е поставил изрично указание към кой момент приема, че участникът следва да разполага с оторизиран сервиз. Развити са и съображения за несъответствие на акта с целта на закона, като се изтъква, че с оглед специфичния предмет на доставката поради абсолютната практическа неприложимост, вероятността да бъде предложена сервизна база извън територията на РБългария е изначално нищожна. Жалбоподателят се позовава и на осъществения предварителен контрол, в рамките на който обявените изисквания са одобрени от УО с писмо изх. № 26-К-163/31.01.2018г. Искане се отменя на оспореното решение за налагане на финансова корекция, алтернативно – да бъде намален размера на корекцията. Претендира се присъждане на направените разноски по делото.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. В., която поддържа жалбата и моли за отмяна процесното решение. Представя писмени бележки.

Ответникът – Главният директор на ГД „ЕФК“ в МИ в качеството на ръководител на УО на ОПИК, чрез процесуален представител юрк. Н., оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Подробни доводи излага в писмени бележки.

От фактическа страна се установява следното:

Жалбоподателят е бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG16RFOP002-3.001-0666-C01 от 06.12.2017г. за финансиране на проект „Подобряване на енергийната ефективност на [фирма]“.

В изпълнение на договора бенефициерът е провел процедура за определяне на изпълнител чрез публична покана с предмет: „Доставка на строителна техника по три обособени позиции: обособена позиция №1: Доставка на 1 брой Верижен багер, окомплектован с 1 брой Рециклираща кофа; обособена позиция №2: Доставка на 2 броя верижен багер; обособена позиция №3: Доставка на 2 броя Колесен товарач“, финасирана от ОПИК.

В резултат на проведената процедура са сключени, както следва: за обособена позиция №1 - договор от 30.04.2018г. с изпълнител „С. инженеринг“ АД на стойност 708 990 лв. без ДДС; за обособена позиция №2 - договор от 30.04.2018г. с изпълнител „С. инженеринг“ АД на стойност 790 030 лв. без ДДС; за обособена позиция № 3 – договор от 30.04.2018г. с [фирма] на стойност 600 592,80 лв.

Във връзка с представен окончателен одитен доклад от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ОСЕС) е извършена повторна проверка на документацията от проведената процедура за избор на изпълнител, в резултат на което са направени констатации за извършени от бенефициера нарушения.

Във връзка с тези констатации ръководителят на УО на ОПИК е изпратил до [фирма] писмо изх. № 26-К-163/09.09.2019г., с което дружеството е уведомено за констатациите от повторната проверка и предвидените за тях финансови корекции, като му е предоставена възможност в двуседмичен срок да представи писмени възражения, както и при необходимост да приложи документи. Във връзка с това, от

страна на жалбоподателя е постъпило възражение, прието от УО за неоснователно. Въз основа на констатациите в проверката, С. К. - главен директор на ГД „ЕФК“ в Министерството на икономиката и ръководител на УО на ОПИК е издала оспореното Решение № РД-16-1714/24.10.2019г. с което на [фирма] са наложени три финансови корекции, както следва: 10% от стойността на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ по сключения по обособена позиция №1 договор със [фирма] на стойност 708 990 лв. без ДДС, възлизаща в максимален размер на 42 539,41 лева.; за обособена позиция №2 - 10% от стойността на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ по сключения по обособена позиция №2 договор със [фирма] на стойност 790 030 лв. без ДДС, възлизаща в максимален размер на 47 401,80 лева; 10% от стойността на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ по сключения по обособена позиция №3 договор със [фирма] на стойност 600 592,80 лв. без ДДС, възлизаща в максимален размер на 36 035,57 лева.

Видно от изложените в решението мотиви, административният орган е направил констатации за извършени нарушения в проведената процедура за избор с публична покана, съставляващи нередности по т.10 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 (Наредбата за посочване на нередности). Съгласно изложените мотиви, нарушението се изразява в поставянето на ограничителни изисквания към кандидатите и по трите обособени позиции, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата.

Установено е, че в приложение 3.4 – образец на оферта към публичната покана бенефициерът е поставил изискването кандидатите и по трите обособени позиции да разполагат с оторизиран/и сервиз/и на територията на Република България, кат осъгласно Приложение 3.5.1 – 3.5.3 – техническа спецификация информацията за сервизната база се декларира в техническото предложение и „участник, който не разполага с оторизиран сервиз на територията на Р.България ще бъде отстранен от участие“.

УО е посочил, че комбинацията от двете условия – наличието на изискване за местоположение на сервизната база (България) и времето, в което е изискано да се докаже, че е разполагаема – към момента на подаване на офертата, правят необоснованото ограничение на кандидатите на териториален принцип, тъй като, без да имат сигурност, че ще спечелят поръчката, от тях се изисква да осигурят разполагаема сервизна база на територията на Република България. Според УО, това има разубеждаващ ефект, тъй като икономическите оператори нямат икономически стимул да извършат „осигуряването“ на базата към момента на подаване на офертата. УО е приел, че са нарушени чл.51,ал.4 във връзка с чл.50, ал.1 от ЗУСЕСИФ и нарушението представлява нередност по т. 10 и т.11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която следва бъде наложена финансова корекция. При анализиране на тежестта на допуснатото нарушение и определяне на размера на финансовата корекция за нередността УО е взел предвид, че са получени общо три оферти от двама различни кандидати – по една за всяка обособена позиция, че интензитетът на безвъзмездната финансова помощ по засегнатите договори е 60% от цялото финансиране по проекта, че административният договор е изпълнен в срок и не са налице неизпълнение или забава по договорите, както и че прогнозната стойност на процедурата в размер на 2 099 636.97 лв. и мястото на изпълнение на

доставката обуславят наличие на трансграничен интерес. С оглед на това е определил корекция в размер на 10% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

При така установеното от фактическа страна съдът намира от правна страна следното: Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт.

Разгледана по същество, тя е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложените по делото Заповед № РД-16-785/17.05.2019г., изменена със Заповед № РД-16-1488/10.09.2019г. на министъра на икономиката, издалата процесното решение С. К., заемаща длъжността „Главен директор“ на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерството на икономиката е определена да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПИК. С оглед на това, налице е компетентност за издаване на оспорения акт.

По отношение на административнопроизводствените правила се констатира, че е спазено изискването на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ - жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансови корекции, като му е предоставена възможност за възражения. Той е упражнил това си право и възраженията му са обсъдени от административния орган, но са приети за неоснователни.

Решението обаче е издадено при неяснота и противоречие в мотивите, водещи до невъзможност да бъде установено какви точно са правните изводи на административния орган.

Видно от изложеното в мотивната част от решението, административният орган е приел, че с поставеното по трите обособени позиции изискване към кандидатите да разполагат с оторизиран сервиз на територията на Република България, с какъвто, ако не разполагат към момента на подаване на офертата, ще бъдат отстранени, е нарушен чл.51, ал.4 във връзка с чл.50, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Чл.50, ал.1 от ЗУСЕСИФ поставя изискване към бенефициерите да определят изпълнител след провеждане на процедура за избор с публична покана при спазване принципите на свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Чл.51, ал.4, от своя страна, забранява на бенефициерите да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, както и информация, насочваща към конкретен модел, източник, процес, търговска марка, патент или друго подобно, което би довело до облагодетелстването или елиминирането на определени лица или продукти, а когато предвид спецификата на предмета това е обективно невъзможно, след посочването им се добавят думите "или еквивалентно".

Като фактически основания за налагане на финансовата корекция са посочени цитираните по-горе изисквания към кандидатите в процедурата за избор чрез публична покана, които административният орган е счел за незаконосъобразни. На първо място обаче не става ясно дали ръководителят на УО е приел, че така поставените изисквания (за наличие на сервизна база на територията на България и за нейната разполагаемост към момента на подаване на офертата) представляват отделни нарушения или се касае за едно нарушение. Липсата на яснота и определеност в тази насока произтича и от начина, по който административният орган е изложил

констатациите и изводите си. От една страна, се посочва, че „причините за формулиране на констатацията са две: наличие на изискване за местоположение на сервизната база – Р България, и времето, в което е изискано да се докаже, че е разполагаема – към момента на подаване на офертата“. По-нататък се сочи, че „комбинацията от тези две условия правят необоснованото ограничение на кандидатите на териториален принцип“. Това описание навежда на извод, че според ръководителя на УО се касае за едно нарушение. В същото време обаче административният орган е посочил, че „нарушенията представляват нередности по т.10 и т.11“, като при определяне на финансовата корекция се е позовал на чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, според която при констатиране два или повече случаи на нередност, посочени в приложение № 1, съответно приложение № 1а, се определя една корекция за всички нарушения, т.е. не става ясно дали според Ръководителя на УО са извършени за всяка обособена позиция по две нарушения, едното от които се квалифицира като нередност по т.10, а другото – по т. 11, или е осъществена една нередност, която едновременно изпълва хипотезите на т.10 и т.11 от Приложение №1. В този смисъл напълно основателни са оплакванията на жалбоподателя за неяснота в тезата на административния орган, произтичаща включително от посочените в решението правни основания за налагане на корекцията. Административният орган правилно е посочил нормите, които овластяват ръководителя на УО да наложи финансовата корекция. Конкретно е посочил и разпоредбите, които според него са нарушени с поставянето на незаконосъобразните изисквания – чл. 51, ал.4 във връзка с чл.50, ал.1 от ЗУСЕСИФ. Налице е обаче неяснота относно това каква точно нередност е приел за осъществена административният орган и с какви мотиви.

Съгласно чл.1,т.1 и чл.2 от Наредбата за посочване на нередности във вр. с чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, са посочени в Приложение № 1.

Според т.10 от Приложение № 1 от Наредбата, нередност е използването 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. Самата т. 10 обхваща две подточки – „а“ и „б“, всяка от които съдържа описание на различен вид нередности, за които се предвижда различен размер на корекцията, съответно 25% и 10%.

Следващата категория нередности - по т. 11 от Приложение № 1 са дефинирани като използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. Т. 11 също съдържа няколко (4) подточки, в които са диференцирани различните нарушения и процентните показатели на корекцията за тях (съответно 10%, 5% и 25%).

В случая административният орган се е задоволил да посочи само най-общо, че нарушенията представляват нередности по т.10 и т.11 от Приложение 1,

без да конкретизира коя от всички възможни е приложимата според него хипотеза. Ръководителят на УО не е направил никакъв сравнителен анализ на отделните категории нередности по т.10 и т.11 и на обхванатите от тях случаи на нарушения и в крайна сметка не е посочил и обосновал как, по какъв начин направените фактически констатации се отнасят към нередностите по т.10 и т.11. Както основателно се твърди в жалбата, никъде в решението и мотивите към него не е посочено към кой вид нередност спада всяко от твърдените нарушения и дали именно те се възприемат за допусната нередност или нередности. С оглед коментираните в решението процентни показатели може да се предположи, че ръководителят на УО е визирал хипотезите на т.10, б. „б“ и на т. 11, б. „б“ от Приложение № 1, но нито адресатът на акта, нито съдът могат и следва да презюмират волята на административния орган, която следва да е еднозначно и категорично изводима от мотивите на акта. В настоящия случай, поради неяснотата относно броя на твърдяните нарушения и липсата на съдържателен анализ на приложимите разпоредби, от които да е видно кое нарушение под коя хипотеза е подведено, е невъзможно да се определи какво точно е приел ръководителят на УО и въз основа на какви съображения. Неяснотата се задълбочава допълнително поради факта, че ако Ръководителят на УО действително е имал предвид хипотезите на т.10, б. „б“ и т.11, б.„б“ от Приложение № 1 от Наредбата, те не са относими, тъй като предпоставят в процедурата да е осигурено минимално ниво на конкуренция, т.е. да са получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. По делото обаче е безспорно, а това е посочено и в мотивите на решението, че в настоящата процедура по всяка обособена позиция е получена по една оферта.

При това положение следва да се приеме, че оспореното решение е издадено при неясни и противоречиви мотиви, от които не може да се установи какви точно нередности се твърди, че са осъществени и съответно на какво основание са определени финансовите корекции за обособените позиции. Това пречатства както правото на защита на адресата на акта, така и съдебния контрол върху законосъобразното налагане на финансовите корекции по основание и размер. С оглед на това жалбата се явява основателна и Решение № РД-16-1714/24.10.2019г. следва да бъде отменено. При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на сторените по делото разноски следва да бъде уважена. Тъй като ответникът е направил възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение, което съдът намира за основателно, на жалбоподателя следва да бъде присъдена сума в общ размер на 2260 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III отделение, 51-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2, предл. второ от АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на [фирма] Решение № РД-16-1714/24.10.2019г. на Главния директор на Главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на икономиката и Ръководител на

Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“, с което на дружеството са наложени финансови корекции, както следва: 10% от стойността на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ по сключения по обособена позиция №1 договор със [фирма], на стойност 708 990 лв. без ДДС, възлизаща в максимален размер на 42 539,41 лева.; за обособена позиция №2 - 10% от стойността на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ по сключения договор със [фирма] на стойност 790 030 лв. без ДДС, възлизаща в максимален размер на 47 401,80 лева; 10% от стойността на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ по сключения по обособена позиция №3 договор със [фирма] на стойност 600 592,80 лв. без ДДС, възлизаща в максимален размер на 36 035,57 лева

ОСЪЖДА Министерството на икономиката да заплати на [фирма] разноси по делото в размер на 2260 (две хиляди двеста и шейсет) лева.

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

СЪДИЯ: