

# РЕШЕНИЕ

№ 711

гр. София, 06.02.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,**  
в публично заседание на 28.01.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Диана Стамболова**

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **11933** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Институт по роботика „Св. Апостол и Евангелист М.“- БАН – [населено място], ЕИК[ЕИК], представлявано от директора доц. А. И. чрез адвокат М. Н. срещу Решение № 0901–34/30.09.2019г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор на стойност 226 168 лева без ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при липса на мотиви, съществени процесуални нарушения, нарушение на материалния закон и несъобразяване с материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски съгласно представен списък.

Ответникът Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Представя подробни писмени бележки.

Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на претендирания адвокатски хонорар.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Институт по роботика „Св. Апостол и Евангелист М.“- БАН – [населено място], като водеща организация, е бенефициент по проект BG05M20P001-1.002-0006 „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска (Q.), финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020.

В изпълнение на заложените по проекта дейности, в качеството си на възложител жалбоподателят е провел открита процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на Закона за обществените поръчки (ЗОП) с предмет: „Доставка на специализирано оборудване, необходимо за изпълнението на програмите за научни изследвания на ЦК Q. на територията на ИМС - БАН, по три обособени позиции“ с уникален номер на поръчката в РОП 02314-2019-0006, въз основа на която са сключени договори по трите обособени позиции, съответно:

- Договор № В29/19/5.1 от 31.05.2019г. за възлагане на обществена поръчка по обособена позиция № 1 с предмет: „Доставка на дрон със специализирано оборудване“ с избрания изпълнител [фирма] на стойност 20 683. 00 лв. без ДДС;
- Договор № В30/19/5.1 от 31.05.2019г. за възлагане на обществена поръчка по обособена позиция № 2 с предмет: „Доставка на специализирано научно оборудване“ е избрания изпълнител [фирма] на стойност 184 305. 00 лв. без ДДС и
- Договор № В31/19/5.1 от 31.05.2019г. за възлагане на обществена поръчка по обособена позиция № 3 с предмет: „Доставка на производствен 3D принтер“ с избрания изпълнител [фирма] на стойност 226 168. 00 лв. без ДДС.

При проверка на проведената процедура, УО е констатирал нарушение, което според него има или би имало финансово влияние върху средствата от ЕСИФ. В хода на проверката е установено, че след откриване на конкретната процедура са направени четири искания за разяснения по условията на обществената поръчка, като исканията за разяснения са в рамките на срока по чл. 33, ал. 2 от ЗОП. Представените разяснения са с изходящи номера, които са в рамките на четиридневния срок от получаване на искането. Налице е обявление за изменение или допълнителна информация и решение, с което то се одобрява, с дата на изпращане до АОП - 13.03.2019 г., изпратено в 14-дневния срок от публикуването на обявлението за откриване на процедурата (05.03.2019 г.) в РОП, съгласно изискването на чл. 100, ал. 3 от ЗОП. След промяната обаче, сроковете за провеждане на процедурата не са променени (не са удължени), като срокът за получаване на оферти остава 09.04.2019 г. до 17.00 часа.

Според УО извършената промяна е в съответствие с предмета на обществената поръчка и по-специално на обособена позиция № 3, но в случая са налице основанията по чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП за удължаване на сроковете от страна на възложителя за получаване на офертите във връзка с обществената поръчка, а такова не е направено. Констатираното от УО е квалифицирано като нередност по т. 4.2. „Липса на удължаване на обявените срокове за получаване на оферти при съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), (посл. изм. ДВ.

бр. 67 от 23 август 2019 г.), за което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор за обществена поръчка по обособена позиция № 3 - Договор В-31/19/5.1 от 31.05.2019 г. с [фирма].

За всички тези обстоятелства, на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ жалбоподателят е уведомен още при констатиране на съмнението за нередност с писмо за стартиране на процедура по определяне на финансова корекция № ВG05M20P001-1.002-0006-M113 от 23.08.2019 г., в което УО излага своите съмнения за допуснато нарушение, посочва основанията и размера на финансовата корекция, която следва да бъде определена за допуснатото нарушение и дава възможност на бенефициента (жалбоподателя) да изложи своите възражения относно основанията и размера на корекцията.

В законоустановения срок бенефициентът е представил своите възражения с вх. № 0901-34 от 09.09.2019 г. по деловодната система Е., като по описаната констатация изразява своето несъгласие. Съгласно представеното възражение бенефициентът твърди, че не е налице съществено изменение в условията на процедурата. В качеството си на възложител той приема наложилото се изменение на техническата спецификация по Обособена позиция № 3 от разглежданата процедура като „техническа грешка“, поради което не приема констатациите на УО.

С оспореното Решение № 0901-34/30.09.2019г. на Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, на основание чл. 73, ал.1 във вр. с чл.70, ал. 1, т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕСИФ, чл.4, ал.1 и чл.6, т.1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ във вр. с чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и Съвета, чл.1, т.15 от Общите условия при предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по приоритетна ос №1 „Научни изследвания и технологично развитие“, на Институт по роботика „Св. Апостол и Евангелист М.“- БАН – [населено място], е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по Договор В-31/19/5.1 от 31.05.2019г. с [фирма] на стойност 226 168 лева без ДДС.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

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. Съгласно чл.4, ал.1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по

„Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл.6, т.1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК.

При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Фактическите и правните основания за определяне на корекцията са подробно посочени в Писмото за стартиране на процедура за определяне на финансова корекция от 23.08.2019г., както и в оспореното Решение № 0901-34/30.09.2019 г. за определяне на финансовата корекция, приложени като доказателства по делото. УО е констатирал, че отнася до съдържанието на техническата спецификация по обособена позиция № 3 „Доставка на производствен 3D принтер“. Съгласно Раздел VII, т. 1.1 от Обявлението за изменение, причината за изменение е свързана с първоначалната информация, подадена от възлагащия орган, а именно: в раздел VII, в т. 2. от същото обявление е казано: „В съдържанието на Техническата спецификация по обособена позиция № 3 „Доставка на Производствен 3D принтер“ е допусната техническа грешка, което налага коригирането на спецификацията. На основание чл. 100, ал. 3 от ЗОП възложителят променя текста на Техническата спецификация и отстранява допуснатата грешка“. Извършената промяна е в съответствие с предмета на обществената поръчка и по-специално на обособена позиция № 3. Налице са обаче основанията по чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП за удължаване на сроковете от страна на възложителя за получаване на офертите във връзка с обществената поръчка, а такова не е направено. Налице са посочените предпоставки на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП, при които възложителят удължава сроковете за получаване на оферти, когато прави промени в условията на процедурата и в резултат на това са внесени съществени изменения в условията на обявената поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците.

С обновената Техническа спецификация във връзка с ОП 3 „Доставка на Производствен 3D принтер“ са направени следните изменения:

1. отпада изискването за технологията за 3D принтиране P.;
2. променя се изискването да работи с „2 и повече различни материали едновременно“, вместо „с 4 и повече различни материали едновременно“;
3. променя се също размерът на принтираните детайли: от „не по-малко от 450mm x 300mm x 300mm“ на: „до 330mm x 270mm x 200mm“;

4. променя се максималната температура на екструдера: от „не по-ниска от 500<sup>0</sup> С“ на „до 350<sup>0</sup> С“.

Съдът намира, че направените изменения не могат да се окачествят като поправка на техническа грешка, както твърди жалбоподателя, а са съществени по смисъла на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП, тъй като налагат промяна в офертите на участниците. В резултат на направените съществени изменения в Техническата спецификация по ОП № 3 от документацията възложителят е следвало да удължи сроковете за получаване на оферти, а такова удължаване не е направено. С обявлението за изменение и допълнителна информация от 13.03.2019 г., публикувано в ОБЕС, РОП и в профила на купувача на 15.03.2019г. и направеното съществено изменение в техническата спецификация към документацията за обществената поръчка, срокът за получаване на оферти не е удължен. Срокът за получаване на оферти остава 09.04.2019 г. до 17.00 часа, като въз основа на описаната фактическа обосновка е налице неизпълнение на изискването на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП. В ЗОП липсва изрично указание относно срока, с който следва да се удължи срокът за получаване на оферти, но съгласно чл. 74, ал. 1 от ЗОП минималният срок за получаване на оферти в открита процедура е 35 дни от датата на изпращане на обявлението за обществена поръчка за публикуване. А в настоящия случай, срокът от публикуване на обявлението за изменение във връзка с техническата спецификация по Обособена позиция № 3 до датата за получаване на офертите е 25 календарни дни.

Извършената промяна представлява съществено изменение на първоначално определените условия и изисквания за изпълнение на поръчката и налага промяна в офертите на участниците. Предвид това, възложителят е следвало да удължи сроковете за получаване на оферти, а такова удължаване не е направено, с което са нарушени заложените в ЗОП принципи, чиято цел е се осигури равен достъп на участниците в процедурата и да се гарантира свободната конкуренция /чл. 2, ал. 1 от ЗОП/. Нарушаването на принципа на конкуренцията представлява ограничение на конкуренцията, произтичащо от актове, действия или бездействия на възложителите в процедури за възлагане на обществени поръчки. В настоящия случай това е проявено чрез неудължаването на срока за получаване на оферти, което е ограничило достъпа на участниците до конкретната процедура, нарушавайки принципа на свободната конкуренция. По този начин икономическите оператори не са били информирани надлежно и не са разполагали с достатъчно време да преценят доколко са заинтересовани от евентуално участие в обществената поръчка, тъй като определеният им срок е намален в противоречие със минимално установения срок по закон. Ако бенефициентът бе спазил изискването на закона и бе удължил срока за получаване на офертите, би могло оферти да подадат и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Ограничението на конкуренцията в случая се осъществява именно чрез определения по-кратък срок за получаване на оферти, което обективно стеснява кръга на потенциалните оференти, тъй като всички те разполагат със срок за подаване на оферти, който е определен незаконосъобразно. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, т.е. води до необосновано ограничаване на конкуренцията. В резултат на самото създаване на предпоставки за ограничаване на достъпа до участие на потенциални кандидати вече е налице ограничаване на кръга на потенциалните участници, от което следва, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена.

Ако бенефициентът бе спазил изискването на закона, би могло в поръчката да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства.

Процедурата по определяне на финансови корекции е стартирана при прилагане 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, в редакцията ѝ в сила от 23.08.2019 г., като писмото за стартиране на процедурата е с дата 23.08.2019 г. Следователно няма никакво съмнение, че приложима към констатираното нарушение, съставляващо нередност, е именно Наредбата за нередностите, в редакцията след изменението ѝ, в сила от 23.08.2019г. Макар задължението за връщане на облага, недължимо получена чрез нередност, да не съставлява санкция, а последица от установяването, че условията, необходими за получаване на облагата не са били спазени /така т. 50 от цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14/, такава последица не би могла да настъпи, ако към датата на издаване на акта за установяване на нередност и определяне на ФК, нарушението вече не съставлява нередност /поради изменение на нормативната уредба/, респ. действащата нормативна уредба не предвижда ФК за извършеното нарушение. В горния смисъл е и т. 3 от диспозитива на цитираното решение на СЕС по съединени дела С-260/14 и С-261/14, както и т. 37 от решение на СЕС по дело С-89/14.

Правилно УО е квалифицирал нарушението на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП като нередност по т. 4.2. „Липса на удължаване на обявените срокове за получаване на оферти или заявления за участие при съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности“. Предвид изложеното Управляващият орган (УО) е определил финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове договор, сключен по Обособена позиция № 3 - Договор В- 31/19/5.1 от 31.05.2019 г., с изпълнител [фирма] на стойност 226 168. 00 лв. без ДДС.

Предвид спецификата на разглежданото нарушение - „Липса на удължаване на обявените срокове за получаване на оферти при съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка“, водещо до липсата на осигурен равен достъп на участниците в процедурата и нарушаване принципа на свободната конкуренция, което в крайна сметка ограничава достъпа на участниците до конкретната процедура, не е възможно да се определи точен размер на загуба на публичните средства. В тези случаи за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от

нарушението разходи (чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности). При установяване на финансовото отражение на нарушението се съпоставят разходите в рамките на предоставяната БФП по договора с бенефициента, извършени след възникване на нарушението, и хипотетичния размер на разходите в ситуация, в която не е имало нарушение. Приоритет при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция следва да се даде на пропорционалния подход, предвид характера на разглежданото нарушение, който води до накърняване на основни принципи, регламентирани в чл. 2, ал. 1 от ЗОП. В този смисъл финансовото отражение не е и не може да бъде конкретно определено, но е определяемо по реда на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, съгл. който „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи“. Финансовият ефект от разглежданото нарушение се изразява в това, че поради влияние си (ограничават се всички потенциално заинтересовани участници, поради определения по-кратък срок за получаване на оферти), нарушението способства за подаване на по-малко оферти от кандидати за обществената поръчка и в резултат - до стесняване на кръга от участници в поръчката и до неефективно разходване на европейски средства. Нарушението е ограничило участието/избора на други лица в процедурата и има негативно финансово отражение, което е задължително при определянето на финансови корекции съгласно Наредбата за посочване на нередности. Няма обаче изискване да се докаже наличието на точно финансово отражение. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския съд по дело С-406/14 от 14 юли 2016г. и С-465/10 от 21.12.2011г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент №1083/2006г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионните фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушението да има отражение върху бюджета на съответния фонд, то същото представлява нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали е имало отказали се кандидати от участие поради наличието на така определения по- кратък срок за получаване на оферти, тъй като **самото създаване на предпоставки за ограничаване на конкуренцията /т.е. за подаване на по-малко оферти/ се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката.**

Относно определянето на размера на корекцията, следва да се посочи, че Наредбата (след измененията, в сила от 23.08.2019г.), в Приложение № 1

към чл. 2, ал. 1 от същата, изрично посочва в кои случаи какви процентни показатели се прилагат за различните нередности и какви са условията за определяне на по-нисък размер на корекцията (когато е предвидена такава възможност). При определяне на размера на финансовата корекция за нередност по т.4.2 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата., за поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП (открита процедура), каквато е настоящата поръчка, е предвидена финансова корекция в размер 10 сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор. В настоящия случай, УО изрично е посочил, че нередността попада в обхвата на описанието по т. 4.2 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, като при тази квалификация липсва възможност за намаляване на размера на корекцията, поради осигурено минимално ниво на конкуренция. Предвид горното, в настоящия случай, хипотеза за намаляване на процентния показател не е възможна. тъй като проведената процедура е по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, а нередността попада в обхвата на описанието по т. 4.2 от Приложението, където процентния размер на корекция е предварително определен на 10 %. За разлика от други категории нередности, за нередностите по т. 4.2 от Приложение № 1, не е предвидена алтернативна възможност за различен размер на корекция в зависимост от наличието и/или липсата на определени обстоятелства /хипотези/. Такива обстоятелства са вида на процедурата, броя на допуснатите и класирани оферти, отговарящи на изискванията на възложителя и други специфични условия съобразно конкретната нередност. При наличието на съответните условия, УО е длъжен да съобрази и приложи същите при определянето на размера на финансовата корекция, т.е. тук УО действа в условията на обвързана компетентност. В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на Институт по роботика „Св. Апостол и Евангелист М.“ - БАН, не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

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

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,



## **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Институт по роботика „Св. Апостол и Евангелист М.“- БАН – [населено място], ЕИК[ЕИК], представлявано от директора доц. А. И. чрез адвокат М. Н. срещу Решение № 0901–34/30.09.2019г., издадено от Изпълнителен директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване от бенефициента допустими разходи по договор на стойност 226 168 лева без ДДС.

**ОСЪЖДА** Институт по роботика „Св. Апостол и Евангелист М.“- БАН – [населено място], ЕИК[ЕИК], с адрес за кореспонденция: [населено място] 1113, [улица], [жилищен адрес] представлявано от директора доц. А. И. за заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сума в размер на 200 двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:**