

# РЕШЕНИЕ

№ 7830

гр. София, 22.12.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в публично заседание на 16.09.2021 г. в следния състав:**

**СЪДИЯ: Евгения Иванова**

при участието на секретаря Евгения Стоичкова, като разгледа дело номер **4002** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба на Институт по Етнология и фолклористика с етнографски музей при Б. с БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от В. П. чрез адв. Е. Р. срещу Решение № 80811-417/30.03.2021г на Изп.директор на ИА „ОПНОИР“ и Ръководител на УО на ОП НОИР, с което им е наложена финансова корекция в размер на 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия Договор № 501/31.01.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 143 805,00 лв. без ДДС или 172 566,00 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Изпълнение на СМР на обект на Център за върхови постижения в помещения в Княжевския дворец, [населено място], [улица] и помещения па Института за етиология и фолклористика с Етнографски музей при Б. в седми и осми етажи от бл. 6 на Б., [населено място] IVкм. , [улица]. Оспорват се с жалбата изводите на адм.орган за допуснато нарушение на чл.21 ал.17 от ЗОП.

Счита ,че бенефициента се е съобразил с предмета на поръчката ,тъй като доставките на офис обзавеждане, доставка и монтаж на стелажи и елементи за вградени шкафове били необходими за изпълнението на проекта като цяло, поради което същите били включени в количествените сметки по строително-монтажните дейности. Следователно описаните посочените доставки не трябвало да бъдат изпълнени чрез отделна обществена поръчка с обект доставка, съгласно чл. 3, ал. 1, т. 2 от ЗОП и по

никакъв начин не се ограничавала възможността за участие на по-широк кръг икономически оператори.

Посочения в обявлението код съгласно Общия терминологичен речник (CPV) 45210000 (който е с описание: Строителни и монтажни работи по общо изграждане на сгради), кореспондирал напълно с обявената стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП на ОП и Указанията за участие на профила на купувача, където е посочено, че поръчката е с предмет „Изпълнение на СМР на обект...“ и гарантира получаването на икономически най-изгодна оферта. В резултат на неправилно установена фактическа обстановка, жалбоподателят твърди неправилно посочено основание за налагане на финансова корекция, а именно т.11 б“а“ 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), (обн. ДВ. бр. 27 от 2017 г., поел. изм. ДВ бр. 19 от 06.03.2020 г.), отнасящо се към един по-късен етап от процедурата, а именно етапа на разглеждане на офертите. Счита, че разпоредбите визиращи хипотези при които се определят финансовите корекции, особено при прилагане на пропорционалния метод следва да се тълкуват стеснително, а не разширително, както е сторил адм.орган в случая и не е анализирал и съотнесъл правилно фактите към основанията за налагане на финансова корекция /т.11 б.“а“ вместо т.11 б.“б“ от Приложение №1 от Наредбата/. Исква се отмяна на оспореното решение и присъждане на разноски.

В съд.заседание и с писмени бележки, чрез адв. Р. жалбоподателят поддържа жалбата си, на изложените в нея основания

Ответника оспорва жалбата, като в доп.писмени бележки аргументира изводите на адм.орган изложени в оспореното решение. Претендира също разноски.

В настоящия казус спор по фактите не е налице, въпроса който следва да се изясни от съда е необходимо ли е за изпълнение на предмета на поръчката Строително-монтажни работи (СМР) за двата подобекта Приложение №1 - „Помещения в обособена зона в трети етаж на източното крило на бившия княжески дворец (Двореца)“ и Приложение №2 - „Обособени помещения на Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей (ИЕФЕМ) при Б. в седми и осми етаж от бл.6 на Б.“ да се включва в количествено стойностните сметки и дейностите по ОБЗАВЕЖДАНЕ за двата подобекта респ. дали последните са неразделна част от строителството, определящо предмета на сключеният впоследствие договор с изпълнителя, [фирма].

Настоящият съдебен състав намира, че доставката на офис обзавеждане, доставка и монтаж на стилажи и елементи за вградени шкафове /подробно са изброени в табличен вид на стр.5 от оспореното решение/ не съставляват дейности, които са неразделна част от предмета на процесната поръчка. Съгласно чл. 21, ал. 17 ЗОП, при определяне на прогнозната стойност на обществена поръчка за строителство в нея се включва и стойността на всички доставки и услуги, предоставени от възложителя на изпълнителя, при условие че такива са необходими за изпълнението на строителството. С други думи в стойността на договор за строителство не трябва да се включват доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение. В настоящия случай дейностите по доставка на офис обзавеждане, доставка и монтаж на стилажи и елементи за вградени шкафове /подробно са изброени в табличен вид на стр.5 от оспореното решение/ не са необходими за изпълнението на договорите за строителство, поради което включването им в обхвата на договора за строителство е в

нарушение на чл. 21, ал. 17 ЗОП.

По този начин е предоставена възможността само на кръга икономически оператори, занимаващи се със строителство, да представят ценово предложение, придружено от количествено-стойностни сметки (К.) към него и да оферират раздел ОБЗАВЕЖДАНЕ за двата подобекта, като е ограничено участието на икономически оператори занимаващи се само с доставка и монтаж обзавеждане, поради което не може да се гарантира получаването на най-изгодна цена. Следователно описаните доставки на офис обзавеждане, доставка и монтаж на стелажи и елементи за вградени шкафове, е трябвало да бъдат изпълнени чрез отделна обществена поръчка с обект доставка, съгласно чл. 3, ал. 1, т. 2 от ЗОП, като се предостави възможност на кръга икономически оператори, които не се занимават със строителство, а с доставка и монтаж на офис обзавеждане, да вземат участие.

Правилен е извода на ръководителя на УО ,че с включването в техническите спецификации на посоченото обзавеждане, се ограничава кръгът на икономическите оператори, потенциални участници, поради което не може да се гарантира получаването на най-изгодна оферта, респективно, получаване на най-изгодна цена за бюджета на ЕС,което е в нарушение на принципа на свободна конкуренция, предвиден в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Така формулираните технически спецификации, с включването в тях на доставка на офис обзавеждане, ограничава достъпа на участниците до поръчката, като поставя потенциалните участници, които могат да извършат само доставка на гореописаното обзавеждане в неравнопоставено положение , спрямо потенциалните участници, които могат да извършат предвидените в предмета на поръчката СМР, като в същото време извършат доставка и монтаж на обзавеждането, невключено в предмета на поръчката, но включено в раздел „Изисквания към изпълнението на поръчката. Техническа спецификация“ към „Указания за участие“.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя ,че не е доказана реална вреда за бюджета на ЕС. Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета (Регламент № 1303/2013), нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Тази потенциална възможност е налице, защото е ограничен достъпа на потенциалните участници, които могат да доставят горепосоченото офис обзавеждане, но не могат да извършат строително - монтажните работи.

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. От доказателствата по делото е безспорно, че това изискване на закона е спазено. Органът не е допуснал нарушение

на административнопроизводствените правила при издаване на акта.

Основанията за определяне на финансова корекция са установени в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) Регламент №1303/2013 (чл. 98 Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013) държавите-членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013 (чл. 70 (1) Регламент №1083/2006) държавите-членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми.

Така формулираното задължение на държавите-членки изисква доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2 (36) Регламент №1303/2013 (съответно чл. 2 (7) Регламент №1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент №1303/2013), съдържа действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Безспорно е че жалбоподателя има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2 (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, той е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейски структурни фондове. Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания.

В случая органът е приел, че при провеждането на ОП е допуснато нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от ЗУСЕСИФ и по-конкретно чл. 21, ал. 17 във връзка с чл. 3, ал. 1, т. 1 и ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП. Това нарушение попада в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ – нередност, която съставлява нарушение на националното право, извършено чрез действие от получателя на безвъзмездната помощ и има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съгласно практиката на Съда на Европейския съюз (решение от 14 юли 2016, Wroclaw, C-406/14, EU:C:2016:562, съображение 45), неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд.

Налице е и другия елемент за „нередност“ – нарушението произтича от действие на икономически оператор / нарушението е извършено чрез действие на бенефициента Института за етнология и фолклористика с Етнографски музей (ИЕФЕМ) при Б. / по проект, финансиран със средства от ЕСИФ, а именно в качеството си на възложител същият е включил в техническата спецификация към указанията за участие на разглежданата поръчка доставки и монтаж на обзавеждане, което е в нарушение на горепосочените изисквания на Закона за обществените поръчки

На следващо място, както беше посочено по-горе, нарушението би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, респ. чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза - в конкретния случай бенефициентът е

отчет пред Управляващия орган разходи на обща стойност 172 566,00 лв / с ДДС / , равняваща се на максималния финансов ресурс по договор № 501/ 31.01.2020 г. с изпълнител [фирма], сключен в изпълнение на разглежданата обществена поръчка, с фактури № 246 от 07.02.2020 г., № 247 от 07.02.2020 г., № 254 от 03.06.2020 г., № 255 от 03.06.2020 г., № 256 от 03.06.2020 г. и № 257 от 03.06.2020 г., към пакет отчетни документи № 9 от 21.12.2020 г., като същият е в процес на верификация от УО, т.е. нарушението е установено преди верифициране и плащане на разходи по засегнатия договор с изпълнител.

Приложеният пропорционален метод за определяне на размера на финансовата корекция приложена по отношение на конкретната ОП е правилен. По конкретната поръчка, поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като доставката на конкретизираното по-горе обзавеждане е следвало да бъде извършена по предвидения в закона ред - при спазване на правилата за възлагане на обществени поръчки чрез отделна обществена поръчка, и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник по друга поръчка по ЗОП, който би участвал в нея, ако доставката на горепосоченото обзавеждане бе отделена в отделна поръчка от настоящата за строителство, съответно няма как да се прогнозира и как, ако обзавеждането беше отделено в отделна поръчка, това би повлияло на броя на офертите, подадени по настоящата поръчката, в случай, че тя включваше само строителство, съответно на офериранията в такива оферти цена. Съобразено е , че нарушението представлява нередност по т. 11 (Използване на технически спецификации, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната обществена поръчка) 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), (обн. ДВ. бр. 27 от 2017 г., поел. изм. ДВ бр. 19 от 06.03.2020 г.),предвиждаща финансова корекция от 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор, в зависимост от тежестта на нарушението.

Нарушението правилно е отнесено в хипотезата, описана в буква „а“ на т. 11 от Наредбата - нередността се отнася до използване на технически спецификации, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната обществена поръчка.“, като в този случай предвидената финансова корекция е 10 на сто.

Неоснователно жалбоподателя ,счита че описаното нарушение не попада в посочената хипотеза. Административния орган подробно е изложил доводи, защо квалифицира нарушението именно по б.„а“ от т.11 от Приложение №1 от Наредбата , а не в някоя от останалите хипотези. Нередността не попада в описанието на т. 11, буква „б“, тъй като независимо, че са получени 4 оферти, допусната е до участие и е класирана 1 от тях, като същата отговаря на критериите за подбор, т.е. процедурата е проведена при липса на конкуренция по смисъла на определението за такава, налично в самата т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 на чл. 2, ал. 1 от Наредбата;

Нередността не попада в описанието на т. 11, буква „в“, тъй като в разглежданият

случай установената нередност не е свързана с критерии за подбор, а с технически спецификации;

Нередността не попада в описанието на т. 11, буква „г“, тъй като коментираните части от техническата спецификация не води към един кандидат, който би могъл да представи оферта.

За описаната нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия Договор № 501/31.01.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 143 805,00 лв. без ДДС или 172 566,00 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Изпълнение на СМР на обект на Център за върхови постижения в помещения в Княжевския дворец, [населено място], [улица] и помещения на Института за етиология и фолклористика с Етнографски музей при Б. в седми и осми етажи от бл. 6 на Б., [населено място] IVкм. , [улица], в който смисъл е и волеизявлението на компетентия УО по ОП НОИР.

Предвид гореизложеното съдът намира ,че жалбата на Институт по Етнология и фолклористика с етнографски музей при Б. с БУЛСТАТ[ЕИК] ,представявано от В. П. чрез адв. Е. Р. срещу Решение № 80811-417/30.03.2021г на Изп.директор на ИА „ ОПНОИР“и Ръководител на УО на ОП НОИР е неоснователна и следва да се отхвърли.

Предвид изхода от процеса жалбоподателя ще следва да заплати на ответника ,претендираното от последния юрисконсулско възнаграждение в размер на 4255.66лв,съгласно чл.8 т.5 от Наредба №1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения

Водим от горното съдът

### РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Институт по Етнология и фолклористика с етнографски музей при Б. с БУЛСТАТ[ЕИК] ,представявано от В. П. чрез адв. Е. Р. срещу Решение № 80811-417/30.03.2021г на Изп.директор на ИА „ ОПНОИР“и Ръководител на УО на ОП НОИР

ОСЪЖДА Институт по Етнология и фолклористика с етнографски музей при Б. с БУЛСТАТ[ЕИК] ,представявано от В. П. да заплати на Изпълнителна Агенция ОП „НОИР“ сумата 4255.66лв , представляваща юрисконсулско възнаграждение

Решението подлежи на обжалване пред ВАС в 14 дневен срок от съобщението на страните

СЪДИЯ: