

РЕШЕНИЕ

№ 2890

гр. София, 28.04.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 67 състав,
в публично заседание на 28.03.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Лилия Йорданова

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **906** по описа за **2023** 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. 73, ал.4 от ЗАКОН за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление(Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.).

Образувано е по жалба, подадена от СУ „Св. К. О.“, ЕИК[ЕИК], [населено място], [улица], представляван от Ректора проф. д. н. А. Г., чрез процесуален представител адв. З. О. срещу Решение №0401-77 от 30.12.2022г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е наложена финансова корекция в размер на 25% върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по Договор №80-09-45/10.03.2022г. с изпълнител „Строител“ ЕООД на стойност 3653460,36лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена поръчка по ЗОП с предмет: „Изпълнение на строителство на нова сграда за нуждите на Център за компетентност в направление „води“ и „отпадъци“ по проект BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, финансиран по ОПНИР 2014-2020г., съфинансирана от ЕФРР. Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна. По-специално счита, че в оспорения акт ответникът не е посочил акт на възложителя, с който е извършено твърдяното нарушение на чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП вр. чл.2, ал.1

от ЗОП. Излага аргументи, че решението за класиране и избор на изпълнител е било обект на контрол пред КЗК и ВАС, като същото съобразно Решение №713/27.01.2022г. на ВАС, се явява законосъобразно. Счита, че решенията със СПН установяват, че Решение от 13.08.2021г. на Заместник-ректора на СУ „Св. Кл. О.“, с което е определен за изпълнител на обществена поръчка участник „Строител“ ЕООД е законосъобразно, т.е. твърдяните от Р. несъответствия между техническото предложение на този участник и утвърдената от възложителя Техническа спецификация, не са налице. Излага подробни аргументи в подкрепа на тезата, че Техническото предложение на избора за изпълнител кореспондира с изискванията и не са налице несъответствията, приети като основание за наличие на нередност, подведена по т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, заради която е наложена финансова корекция в размер 25% от разходите по договора с този изпълнител. Счита също, че при определяне размера на финансовата корекция ответникът неправилно е определил същата по пропорционалния, а не по диференциалния метод, съгласно Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №67/2017г.

В съдебно заседание оспорващият чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски, като представя списък. В дадения от съда срок представя писмени бележки.

Ответникът - Ръководителят на управляващия орган на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, чрез процесуалния си представител оспорва жалбата, като неоснователна. Подробни съображения излага в писмен отговор, даден в о.з. на 28.03.2023г. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение и прави възражение за прекомерност на адвокатския хонорар. В указания от съда срок депозира писмени бележки.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител, не изразява становище по жалбата.

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

На 10.03.2022г. е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ)BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“ (Clean&C.), финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. /ОПНИР/ със страни – Ръководител на Управляващ орган на ОПНИР и бенефициент: Водеща организация: Софийски университет "Св. К. О." и партньори: Университет по архитектура, строителство и геодезия; Л. университет - С.; Университет "Професор д-р А. З." - Б.; Институт по физикохимия „Академик Р. К.“ - Б.; Институт по органична химия с център по фитохимия - Б.; Институт по микробиология „С. А.“ - Б.; Фондация "Клийнтех България". Съгласно чл.1.2, б. „б“ от Договора основните дейности по проекта включват изграждане на нова/съществено модернизирана научна инфраструктура на Център за компетентност Clean&Cercle. Съгласно чл.2.1 условия за изпълнение на проекта – Финансиране на проекта, максималният размер на общо допустимите разходи по проекта възлизат на 23 667 925,86лв.

Предвид одобрените за финансиране дейности по проекта, в съответствие с чл. 18, ал.1, т.1 от ЗОП водещата организация на бенефициента – СУ „Св. К. О.“, в качеството на възложител обявява „открита“ по вид процедура по ЗОП за

строителство с предмет „Изпълнение на строителство на нова сграда за нуждите на Център за компетентност в направление “води“ и „отпадъци” по проект BG05M2OP001-1.002-0019 “Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие (ЕФРР)“ Обявлението и решението са публично достъпни в Регистъра на обществените поръчки <https://app.eop.bg/today/99410>, поддържан от А. по преписка 00640-2021-0028, като документацията за участие с нейните приложения, е публично достъпна в ЦАИС Е.. Същата е финализирана на осн. чл.112, ал. 6 от ЗОП със сключването на Договор №80-09-45/10.03.2022г. с изпълнител „Строител“ ЕООД на стойност 3 044 550,30лв. без ДДС.

Относителите към предмета на делото условия по процедурата са както следва:

В документацията за участие /стр.63 и следващите от ДУ, съответно л.487 и сл. от класьор II/ РАЗДЕЛ IV СЪДЪРЖАНИЕ НА ОФЕРТАТА ЗА УЧАСТИЕ В ПРОЦЕДУРАТА фигурира следното изискване на възложителя:

„2. Техническо предложение се изготвя в съответствие с условията на документацията, съобразно приложения в платформата образец, който съдържа:

2.1. Предложение за изпълнение на поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя, включващо:

- Строителна работна програма, съдържаща описание на организацията и изпълнението на строителството (конкретно за обекта) по дейности и поддейности, съобразена с Техническите спецификации и приложенията към тях - технически проект, обяснителни записки, Количествените сметки и Спецификации на материалите, както следва:

Дейност 1

Подготовка на строителната площадка, включително временно строителство, изпълняване на изискваните от ОП НОИР мерки за визуализация и публичност.

Дейност 2

а/ Изпълнение на основните видове строително-монтажни работи, включени в обхвата на поръчката, съгласно с одобрения проект, с количествените сметки (КС), тяхната технологична последователност и обвързаност, както следва:

- Земни работи (изкопи и насипи, включително вертикална планировка);
- Котважни работи;
- Армировъчни работи;
- Бетонни работи;
- Обработка на работни фуги;
- Зидарски работи;
- М. работи;
- Замазка (включително саморазливни);
- Облицовки и подови настилки;
- Вътрешни хидроизолации;
- Преградни стени, престенни обшивки, куфари – сухо строителство;
- Растерни тавани – сухо строителство;
- Окачени тавани – сухо строителство;
- Фини шпакловки;
- Латексово боядисване;

- Подпрозоречни первази;
- Армирани циментови замазки;
- Отводняване покрив (водосточни тръби, поли, обшивки);
- Дограма (доставка и монтаж);
- Топлоизолации по плочи, бетонови настилки и фасади;
- Х. по стени и бетонови настилки;
- Фасадна мазилка (мрежа, шпакловка, грунт, финишен слой);
- Настилки от теракот;
- Изработка и монтаж на парапети за стълбища, тераси, площадки, рампи;
- Доставка и монтаж вентилирумема фасада;
- Доставка и монтаж на слънцезащитни елементи с поддържаща конструкция;
- Доставка и монтаж на абонатна станция;
- Изграждане на топлофикационна връзка от точката на свързване до абонатна станция;
- Осветителна ел. инсталация;
- Силова ел. инсталация;
- Доставка и монтаж на асансьор и подежник;
- Слаботокова инсталация, включително видеонаблюдение, контрол на достъп, пожароизвестителна инсталация и аварийно-оповестителна инсталация;
- Изработка на мълниезащитна инсталация (инсталация, оборудване);
- Заземителна инсталация;
- Външна връзка оптичен кабел (А1);
- Отоплителна, вентилационна, климатична инсталация (инсталация, обкичване, проба);
- Изпълнение на външна връзка от отоплителна инсталация, изработка и монтаж на абонатна станция (топла проба);
- Изграждане на сграден водопровод (инсталация, обкичване, проба);
- Изграждане на сградна канализация (инсталация, обкичване, проба);
- Изграждане на площадкови ВиК мрежи (изкопи, полагане тръби, шахти, възстановяване на асфалтова настилка);
- Настилки – вертикална планировка;
- Доставка и засаждане на биотични материали;
- Доставка и монтаж на съоръжения – вертикална планировка.

б/ Конкретно описание и предложение за изпълнението на специфични детайли на СМР.

Дейност 3

Предаване и приемане на завършения обект, включително издаване на удостоверение за въвеждане в експлоатация.

Дейност 4

Гаранционно обслужване.

Участниците следва да опишат допълнително и следните поддейности, съпътстващи изпълнението на СМР:

Поддейност 1 Осигуряване на човешки ресурси:

Описание на екипите, които ще бъдат ангажирани с изпълнение на поръчката (ръководен инженерно – технически състав и работни групи) и тяхното взаимодействие

Поддейност 2 Посочване на конкретни мерки за осигуряване на:

- Безопасни условия на труд
- Противопожарна безопасност
- Опазване на околната среда

Поддейност 3 Осигуряване на материални ресурси:

- Описание на организацията на снабдяването на материали и тяхното складиране;
- Описание на организация по контрола на качество на влаганите материали.

Поддейност 4 Описание на организацията по контрол на качеството на СМР. Описание/схема на взаимодействие с Проектанта, Възложителя или упълномощено от него лице, изпълняващо Инвестиционен контрол и Строителния надзор по повод осъществявания контрол на качеството на СМР.

Поддейност 5 Приемане и отчитане на изпълнени СМР. Описание/схема на взаимодействие със Строителния надзор и Възложителя или упълномощено от него лице, изпълняващо Инвестиционен контрол във връзка с приемане и отчитане на изпълнени СМР.

-Декларирано съгласие, че при определянето му за изпълнител се задължава да осигури и вложи строителни материали и оборудване с технически спецификации в съответствие с изискванията на Възложителя, заложен в Приложение №1: Технически спецификации по част Архитектурна, Конструктивна, Паркоустройство и благоустройство; Електротехническа; О.; ВиК, Геодезическа.

- Декларирано съгласие, че при определянето му за изпълнител се задължава да осигури:

- строителна механизация (необходими стоителни машини), включително ръчни инструменти, необходими за изпълнението на СМР;
- временни помощни конструкции (скелета, платформи, стълби), необходими за изпълнението на СМР.

- Срок за изпълнение на СМР. Срокът за изпълнение на строителството е 450 календарни дни, считано от датата на откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво (протокол образец 2/2а, съгласно Наредба № 3/2003 г.) и е с продължителност до подписване на акт образец 15. Срокът следва да включва и изпълнението на несъществени изменения съгласно чл. 154 от ЗУТ, в случай че такива възникнат и изпълнението им бъде одобрено от Възложителя по реда на договора.

Участникът задължително изготвя и прилага като неразделна част от техническото предложение Линеен график, който следва да отговаря на следните задължителни минимални изисквания:

Графикът следва да представя изпълнението на всички строителни дейности (описани в Дейност № 2, т. а) на строителната програма и включени в обхвата на поръчката, съобразени с КС, тяхната технологична последователност и обвързаност). Да бъде изготвен по етапи на строителство, съобразен с технологична последователност, обвързаност с други дейности и продължителност по време на дейностите. Линеиният график задължително се изготвя на базата на календарни дни. За начало на изпълнение на строителството се определя датата на откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво с Протокол образец 2/2а, съгласно Наредба № 3/2003 г. От графика трябва да се виждат междинните срокове за завършване на отделните етапи на строителните дейности. Крайната дата за изпълнение на строителство се определя с датата на подписване на Констативен акт образец 15, съгласно Наредба № 3/2003 г.

Предложени гаранционни срокове за изпълнените СМР. Участникът в техническото си предложение прави изрично изявление, че ще спази минималните нормативно определени гаранционни срокове за видовете СМР съгласно Наредба № 2 от 2003 г. (ДВ, бр. 72 от 2003 г., посл. измн., бр. 65 от 2016 г.).

За оборудване по части (машини, съоръжения, технологично оборудване) гаранционните срокове са съгласно гаранционните срокове на производителя.

Забележка: Ако участник не представи Предложение за изпълнение на поръчката или представеното от него предложение и/или приложенията към него не съответстват на нормативните изисквания или изискванията на Възложителя, той ще бъде отстранен от участие в процедурата.“

Неразделна част от документацията за участие е Приложение №5, съставляващо образец на ТП /Т. III от делото/. Същото съставлява образец, част от него се попълва свободно от участниците съобразно указанията, дадени в ДУ „Указания за попълване“ /л. 489 от Т. II от делото/ и фигурират полета, които не подлежат на корекция/промяна/коментар. В т.2 от Същото изрично е записан текст, който не подлежи на коригиране/изменение от участниците, съгласно който: „Прилагаме предложение за изпълнение на поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя, включващо: -Строителна програма, съдържаща описание на организацията и изпълнението на строителството (конкретно за обекта) по дейности и поддейности, съобразена с Техническите спецификации и приложенията към тях – технически проект, обяснителни записки, Количествените сметки и Спецификации на материалите както следва: 1. Дейност 1 Подготовка на строителната площадка, включително временно строителство, изпълняване на изискваните от ОП НОИР мерки за визуализация и публичност. Дейност 2 а/изпълнение на основните видове строително-монтажни работи, включени в обхвата на поръчката, съгласно с одобрения проект, с количествените сметки (КС), тяхната технологична последователност и обвързаност, както следва..... б/Конкретно описание и предложение за изпълнението на специфични детайли на СМР . Дейност 3 Предаване и приемане на завършения обект, включително издаване на удостоверение за въвеждане в експлоатация; Дейност 4 Гаранционно обслужване на обекта. Участниците следва да опишат допълнително и следните поддейности, съпътстващи изпълнението на СМР...“.

В т.б от същото изрично е записан текст, който отново не подлежи на корекция/промяна от участниците, че се прилага: “строителната програма - Приложение № 1 към настоящото предложение (Строителната програма следва да съдържа: организационен и технологичен ред за изпълнение на отделните етапи и видове работи с междинни срокове и застъпвания; връзките на междинни срокове със сроковете за доставка на основни материали и оборудване; сроковете за осигуряване на допълнителни проектни решения, детайли, разрешения и съгласувания; необходимостта от машини по брой и видове към определени критични дати; минимални наличности на работници по специалности (диаграма на работната сила във всеки етап на изпълнението); необходимите осигурени средства за междинно плащане за всеки междинен срок);

-линеен календарен график за изпълнение на строителството – Приложение № 2 към настоящото предложение. (Графикът следва да представя изпълнението на основните строителни дейности,

описани в Дейност № 2, т. а на строителната програма). Да бъде изготвен по етапи на строителство, съобразен с технологичната последователност, обвързаност и продължителност по време. Линеиният график задължително се изготвя на базата на календарни дни. За начало на изпълнение на строителството се определя датата на откриване на строителната площадка и определяне на строителна линия и ниво (протокол образец 2/2а, съгласно Наредба № 3/2003 г.). От графика трябва да личат междинните срокове за завършване на отделните етапи на строителните дейности. Крайната дата за изпълнение на строителство се определя с дата от констативен акт образец 15, съгласно Наредба № 3/2003 г.

Забележка: Неизпълнението на поставените изисквания към съдържанието и начина на изготвяне на Строителната програма и Линеиния график води до отстраняване на участник. Ще бъдат отстранени и предложения, в които срокът за изпълнение е предложен в мерна единица, различна от календарни дни, и /или е констатирано разминаване между предложения срок за изпълнение и Линеиния график.

Предложените от участник Строителна програма и Линеен график са взаимно свързани и допълващи се, като текстова/описателна част и графична част.

В този смисъл тяхното съответствие е задължително и при липсата на такова ще се счита, че е представена оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката и същата ще е основание за отстраняване на участника“.

В обявлението за обществената поръчка е заложен критерий за възлагане „най-ниска цена“ съгласно чл.70, ал.2, т.1 от ЗОП, като същото е разписано и в документацията /л.69 от ДУ/.

Съгласно т.2 „Разглеждане и оценка на офертите“ от ДУ е оповестено, че същото ще се осъществи от оценителната комисия съобразно чл.104, ал.2 от ЗОП, като последователността ще бъде в съответствие с чл.61 от ППЗОП /т.нар. „обърнат ред“/.

По процедурата са депозирани оферти от 8 участника, чиито ценови оферти са визуализирани в поле „Информация за участници в поръчката“ в ЦАИС Е. по поръчката с У. в Р. 00640-2021-0028. Съгласно Протокол от работата на комисията, след оповестяване ценовите предложения комисията е извършила преглед на техническите предложения, като по отношение 6 бр.

оферти участниците биват предложени за отстраняване от участие на осн. чл.107, т.2, б. „а“ с мотив, че ТП не отговаря на предварително обявените условия и минималните изисквания за съдържание и условия на изпълнение на поръчката в ДУ, а 2 бр. оферти са предложени за отстраняване на същото правно основание с аргумент, че ЦП не отговаря на предварително обявените условия и изискванията за съдържание на ценовите предложения.

С Решение №D833452/13.08.2021г. на Заместник-ректора на СУ „Св. Кл. О.“ /л.525-525гръб от том II/ е извършено класирането на участниците и е определен за изпълнител на поръчката участник „Строител“ ЕООД, като са възприети изцяло мотивите на помощния орган на възложителя по отношение отстранените участници. Същото, видно от ел. публичен регистър на КЗК <https://reg.cpc.bg/Default.aspx> е било своевременно оспорено от страна на един отстранен участник „Менкаура“ ЕООД с конкретни аргументи за незаконосъобразното му отстраняване от участие поради направен извод за несъответствие на ТП с предварително обявените условия и изисквания за съдържание на ТП, предвидено в ДУ. По същество на спора, КЗК се произнася с Решение №999/21.10.2021г. на КЗК по преписка №КЗК-707/2021г., с което е оставена без уважение жалбата. Същото е оставено в сила с Решение №713 от 27.01.2022г. на ВАС, IV отделение, постановено по адм.д. №11342/2021г.

На 10.03.2022г., след влизане в сила на Решението за класиране и избор на изпълнител, обществената поръчка е финализирана като е сключен възлагателен договор /л.1-30 от Т. III/ №80-09-45 от същата дата с изпълнител „Строител“ ЕООД на стойност 3044550,30л. без ДС, съгласно ценовото предложение – Приложение №3 към договора .

След предоставеното финансиране, от страна на Р. на ОПНИР 2014-2020г. е извършена проверка на гореописаната обществена поръчка, като е направена констатация за наличие на нередност, основаваща определяне финансова корекция по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ в редакцията му преди 01.07.2022г., а именно, нарушени правила за определяне на изпълнител по глава четвърта на ЗУСЕФСУ, извършено с действие от страна на бенефициента СУ „Св. К. О.“ , което би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ /л.37 -42 гръб от том №I/.

На осн. чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ с кореспонденция в ИСУН 2020 от

25.10.2022г. УО изпраща писмо за стартиране на производство по определяне финансова корекция. Съгласно същото, при проверената процедура нередността се изразява в „Неправилно прилагане на техническите спецификации на поръчката, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат, който не отговаря на същите“. Установеното нарушение е подведено като такова на националния закон – чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП вр. чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП. Същото е подведено като нередност по т.14, тире първо „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ /обн.ДВ бр.27/2017г., изм. и доп. ДВ бр.68 от 2017г., бр.67/2019г. и бр.19 от 2020г./ (Наредбата/Наредбата за посочване на нередности). Установено е, че в компонент „Строителна програма“ , приложение към техническото предложение на участника, избран за изпълнител „Строител“ ЕООД липсват задължителни елементи: за дейност 1 Подготовка на строителната площадка, включително временно строителство, изпълняване на изискваните от ОП НОИР мерки за визуализация и публичност – участникът не е описал изискваните мерки за визуализация и публичност по ОП НОИР 2014-2020, които ще изпълнява; необходимите осигурени средства за междинно плащане за всеки междинен срок; сроковете за осигуряване на допълнителни проектни решения; необходимостта от машини по брой и видове към определени критични дати, поради което възложителят неправилно е приложил условията в ТС по поръчката. В писмото е предложена ф.к. в размер на 25% от размера на предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по засегнатия възлагателен договор №80-09-45/10.03.2022г. с изпълнител „Строител“ЕООД на стойност 3044 550,30лв. без ДДС. Процентът ф.к. е определен по пропорционалния метод, тъй като „поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи“. При определяне конкретния размер, предвиден по наредбата, нередността засяга

неправилно прилагане на Т. попада в описанието на т.14, първо тире на Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата, тъй като се отнася до ТС, които са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде отстранена, ако публикуваните ТС са били спазени, за което е предвидена Ф.к. в размер на 25%.

По установеното с писмото по чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ отклонение, съставляващо „нередност“ в срока, даден от Р. е депозирано възражение от страна на СУ „Св. К. О.“ /л.27-36 от том I/. Като приложение към него, в табличен вид са посочени конкретните части на Строителната програма , където според бенефициера са описани изисканите според ДУ части и информация, както и коментар предвид изразената в писмото за възражение констатация от страна на Р..

С Решение №0401-77/30.12.2022г. на осн. чл.73, ал.1 вр. чл.70, ал.1, т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕФСУ, Наредбата за посочване на нередности /обн. ДВ бр.27 от 2017г., изм. и доп. ДВ бр.19 от 2020г./, чл.143, параграф 2 във вр. чл.2, параграф 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013г., чл.14, ал.2 и ал.3 от Наредбата за администриране на нередности по ЕСИФ, приета с ПМС №173/13.07.2016г. Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОПНОИР) във връзка с нарушение на чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП вр. чл.2, ал.1, т.1 от ЗОП и т.14, тире първо от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, е определена финансова корекция на бенефициера в размер 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по Договор №80-09-45/10.03.2022г. с изпълнител „Строител“ ЕООД на стойност 3 044 550,30лв. без ДДС /л.15-26 от Т. I/.

СУ „Св. К. О.“ е уведомен за индивидуалния административен акт, издаден от Р. чрез информационна система ИСУН на 03.01.2023г., като оспорващият е депозирал жалба срещу него чрез пълномощник на 16.01.2023г.

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 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. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник /УП/ на Изпълнителната агенция "Програма за образование" /Загл. изм. – ДВ, бр. 67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г./ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. (ОП "НОИР") и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съобразно чл. 6, т. 1 на УП изпълнителният директор е ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР" и на Програма "Образование". По арг. от чл. 3 на УП изпълнителният директор се назначава с договор, който се сключва, изменя и прекратява от министъра на образованието и науката съгласувано с министър-председателя. По делото е представен трудов договор № РД12-24/01.03.2022 г. /л. 14, том I/, съгласно който проф. Г. Н. В. е назначен на длъжност изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“. С оглед това, процесното решение е издадено от компетентен орган.

Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила при постановяването му – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. В писмото си за стартиране на производството за определяне на финансова корекция Р. е описал и мотивирал установеното нарушение, основанията за предлагане на ФК, както фактически, така и правни: изложил е фактите, относими към установено нарушение, включително е определил правната квалификация на нарушението според правилата на действащия ЗОП към датата на извършване на нарушението. Административният орган е изследвал също така дали нарушението на ЗОП представляват нередност съгласно дефиницията за нередност по чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013 г., които са идентични с определението за нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, като е анализирал всеки от

елементите от фактическия състав на нередността спрямо фактите, обосновал е, че конкретното нарушение на ЗОП има характер на нередност, като е посочил и правната квалификация на нередността.

Бенефициентът е упражнил правото си на възражение, което е обсъдено детайлно и подробно от административния орган, включително и приложените към него доказателства /таблицата към възражението/, като са изложени конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни. В тази връзка съдът намира за неоснователни оплакванията в жалбата за допуснати процесуални нарушения от страна на Р..

Административният орган е посочил като правно основание за налагане на ФК - чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

Съгласно чл. 143, § 1 от Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Разпоредбата на чл. 122, § 2 от същия регламент сочи, че държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

По делото не е спорно, че първият елемент от понятието е налице – СУ "Св. К. О." има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, § 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в

изпълнението на помощта от ЕСИФ, тъй като е страна по ДБФП с рег. №BG05M20P001-1.002-0019-C01, сключен с ИА "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" – Управляващ орган на ОПНОИР (настояща Изпълнителна агенция "Програма за образование", преименувана с Постановление № 274 на МС от 09.08.2021 г. (обн. ДВ брой 67 от 13.08.2021 г., в сила от 17.08.2021 г.). В това си качество и в изпълнение на одобрения проект, СУ /водещ партньор/ е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейския фонд за регионално развитие, с горепосочения предмет.

Спорът по делото, с оглед наведените от жалбоподателя оплаквания, се свежда до наличието на втория и третия елемент на определението за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна.

В настоящия случай, административният орган е мотивирал решението си за налагане на ФК с установено нарушение на приложимия ЗОП, което осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ, а именно нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП, според която освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката (доп. – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.). Нарушението на ЗОП е подведено като нередност, разписана в т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., като в условията на чл.5 от Наредбата е приложил пропорционалния метод и е наложил финансова корекция в размер 25% от стойността на засегнатите от нередността разходи, представляващи средства от ЕСИФ по сключения възлагателен договор с изпълнителя „Строител“ ЕООД на стойност 3 044 550.30лв. без ДДС.

В жалбата се твърди, че административният акт на възложителя, с когото е оповестено класирането и е определен за изпълнител "Строител" ЕООД е било предмет на оспорване пред КЗК, като решението на комисията е било потвърдено с Решение на ВАС, като техническото предложение на този участник е било предмет на контрол и не е идентифицирано и установено несъответствието му с техническите спецификации и изискванията на възложителя, съдържащи се в ДУ. Настоящият състав намира

същото за неоснователно. На първо място оспорването на административните актове, издадени от класически/секторни възложители при възлагането на обществени поръчки е различно от това по установяване, идентифициране и налагане на финансови корекции от страна на управляващите органи. Първото е уредено в Закона за обществените поръчки, Част шеста, глава двадесет и седма „Производство по обжалване“ Раздел I, като съгласно чл.196, ал.3 от с.з. решенията по ал.1 се обжалват пред КЗК относно тяхната законосъобразност, включително за наличие на дискриминационни икономически, финансови, технически или квалификационни изисквания в обявлението, документацията или във всеки друг документ, свързани с процедурата. Правомощията на КЗК при постановяване на решенията съобразно чл.215, ал.2 от ЗОП са по изрично наведените в жалбата основания и възражения арг. чл.199, ал.2, т.6 и чл. 207 от ЗОП. Производството по определяне и съответно налагане на финансова корекция се осъществява от управляващите органите по чл.9, ал.5 от ЗУСЕФСУ, в чиито правомощия законодателят е предоставил цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително същите отговарят за извършването на финансови корекции. Чрез извършването на финансова корекция се цели изцяло или частично отмяна на финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ на основания, изрично посочени в чл.70, ал.1, т.1-10 от ЗУСЕФСУ, като целта е да бъде възстановена ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред ЕК, са в съответствие с приложимото право на ЕС и българското законодателство /арг. чл.71, ал.1 от ЗУСЕФСУ/. В процесния случай, видно от публично достъпната информация в публичния регистър на КЗК и служебно известната такава се установява, че производството пред КЗК е образувано по повод жалба от отстранен участник в процедурата за възлагане на обществената поръчка за строителство, като предмет на спора е било отстраняването му, като се е твърдяло несъответствие на офертата на заинтересованата в производството страна „Строител“ ЕООД с условията по обществената поръчка - представения от участника линеен календарен график не обосновава предложените срокове за реализация на дейностите от договора за инженеринг;- представената от участника строителна програма не съдържа описание на организацията и изпълнението

на строителството (конкретно за обекта) по дейности и поддейности, съобразена с техническите спецификации и приложенията към тях- технически проект, обяснителни записки, количествените сметки и спецификации на материалите, описани подробно в документацията, както и че в офертата на „Строител“ ЕООД се съдържат неточности и противоречия, които правят предложението му несъобразено със спецификите на конкретно възлаганата обществена поръчка. В процесното Решение за определяне финансова корекция Р. е установил нарушение на чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП вр. чл.2, ал.1 от ЗОП, тъй като в строителната програма, приложение към техническото предложение липсват следните заложи от възложителя задължителни елементи: „- за Дейност Подготовка на строителната площадка, включително временно строителство, изпълняване на изискваните от ОП НОИР мерки за визуализация и публичност – участника не е описал изискваните мерки за визуализация и публичност по ОП НОИР 2014-2020, които още изпълнява; - необходимите осигурени средства за междинно плащане за всеки междинен срок; - срокове за осигуряване на допълнителни проектни решения; - необходимостта от машини по брой и видове към определени критични дати. Същите не са били предмет на административен/съдебен контрол в производството по оспорване на индивидуалния административен акт на възложителя, с когото е била финализирана обществената поръчка.

В жалбата неоснователно се твърди, че в оспореното решение на Р. е следвало да бъде посочен акта на възложителя, с който е извършено нарушението по чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП – фактическият състав на констатираната нередност по т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности не включва наличие на такъв елемент, поради което в рамките на процедура по чл.73 от ЗУСЕФСУ не вменява в задължение на управляващите органи да описват/посочват в кой административен акт, издаден от бенефициер – възложител по ЗОП в хода на възлагането на обществени поръчки за строителство, доставки или услуги с цел осигуряване на средства по чл.1 от ЗОП е обективизирана идентифицираната от Р. нередност. Настоящият състав намира, че техническото предложение на участник „Строител“ ЕООД – Строителна програма липсват следните заложи в образец №5, т.6 от Техническото предложение елементи – Относно „Мерки за визуализация и

публичност по ОП НОИР 2014-2020“ възложителят е включил задължителните мерки за визуализация и публичност по програмата в дейност 1 „Подготовка на строителна площадка, включително временно строителство“. В строителната програма този участник е записал дейността, без да се описва нито една задължителна мярка, която следва да бъде изпълнена, в тази връзка липсва посочване и изброяване на конкретни мерки за визуализация и публичност по оперативната програма, които ще бъдат изпълнени. Относно „Необходимите осигурени средства за междинно плащане за всеки междинен срок“ в строителната програма на участника - декларативно е посочено, че ще бъдат осигурени такива средства, но няма предвидено нищо по отношение това изискване. От съдържанието на строителната програма е видно, че е изразена формална и бланкетна готовност от осигуряване на собствено финансиране за обезпечаване нормалното изпълнение на дейностите. Относно „Срокове за осигуряване на допълнителни проектни решения“ – безспорно възможността за допълнителни проекти решения по съответните части на инвестиционния проект е уредена в Наредба №4 от 21 май 2001г. за обхвата и съдържанието на инвестиционните проекти за следните части – за Част Архитектура, за част Конструктивна, за част ОВК и за част Паркоустройство и благоустройство. В елемент „Строителна програма“ на коментирания участник фигурира текст, съгласно който е посочено словесното съдържание за задача №1 „Провеждане на проби, тествания и окомплектоване на екзекутивна документация – Изработване и съгласуване на промени в проектната документация при необходимост по искане на възложителя и/или по предложение на строителния надзор; Заверка на екзекутивната документация за строежа след изпълнение на дейностите“, като не са посочени отделни възможности за осигуряване на допълнителни проектни решения. Аналогично и за задача 2 – Изработване и съгласуване на промени в проектната документация при необходимост и по искане на възложителя и или по предложение на строителния надзор и др.“ по повод „Необходимост от машини по брой и видове към определени критични дни“ в строителната програма липсва исканото описание.

Въпреки това настоящият състав намира, че тези елементи от строителната програма единствено са въведени с образеца на техническо предложение и то в т.б от същото. В същия този

образец – Приложение №5 /том III/ , в т.2 фигурира текст, описващ съдържанието на строителната програма, идентичен с раздел IV „Съдържание на офертата“ от документацията за участие, а именно „Строителна програма, съдържаща описание на организацията и изпълнението на строителството (конкретно за обекта) по дейности и поддейности, съобразена с техническите спецификации и приложенията към тях – технически проект, обяснителни записки, Количествените сметки и Спецификации на материалите, както следва ...“. Т.е. в тази част от документацията за участие и от образца на техническо предложение възложителят-бенефициер не е посочил като съдържание в този компонент наличието на: срокове за осигуряване на допълнителни проектни решения, необходимост от машини по брой и видове към определени критични дати, необходими осигурени средства за междинно плащане за всеки междинен срок. Същите изисквания към съдържанието на компонент „Строителна програма“ с направена привръзка към категория нередност, разписана в т.14 от приложението е неправилна. Липсата/само схематичното им изброяване в техническото предложение не води до неправилно приложение на техническите спецификации, в който случай нарушението на правилата на възлагане на обществените поръчки да води до налагане на финансова корекция. Неразделна част от ДУ е техническата спецификация /л.460 гръб от том II и сл./, като в същата няма конкретно изискване за наличие на посочените елементи в строителната програма. Такава липсва и в приложенията към техническата спецификация – Инвестиционен проект Приложение №1 към ДУ. Съгласно §2, т.54, б. а от ДР на ЗОП технически спецификации при обществени поръчки за строителство са всички предписания, които се съдържат, по – специално в документацията за обществената поръчка, определящи изискваните характеристики на материалите, стоките или консумативите, така че да отговарят на предвидената от възложителя уредба; тези характеристики трябва да включват ниво на изпълнение спрямо изискванията за опазване на околната среда и климата, проектиране, което да отговаря на всички изисквания (включително достъп за хора с увреждания) и оценяване на съответствието, работни характеристики, безопасност или размери, включително процедурите относно осигуряването на качеството, терминология, символи, изпитване и методи на изпитване, опаковане, маркиране и етикетиране,

инструкции за употреба и производствени процес и методи на всеки етап от жизнения цикъл на строителните работи; характеристиките включват и правила за проектиране и ценообразуване, условия за изпитване, инспекция и приемане на строителство и методи или технологии на строителството, както и всички други технически условия, които възложителят може да наложи съгласно общи или специални нормативни актове по отношение на завършеното строителство и материалите или частите, включени в него. В този смисъл, отчитайки и липсата на нормативна уредба в специалното законодателство за констатираното от Р. нарушение на националния закон – чл.107, т.2, б. „а“ от ЗОП съобразно коментирания по-горе съдържание на строителната програма, част от ТП на „Строител“ ЕООД съдът намира, че не води до промяна/неправилно прилагане на техническите спецификации, извършено след отварянето на офертите, което да обосновава налагането на финансова корекция в размер от 25% поради определяне за изпълнител участник, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации. Категорията нередности, разписани в Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. са лимитативно изброени от законодателя, т.е. не всяко нарушение на националния закон/ европейското законодателство обуславя налагането на финансова корекция. Предвид годното, неизпълнението на поставените изисквания към съдържанието и начина на изготвяне на строителна програма, което би довело до отстраняване на участник поради несъответствие с изискванията на възложителя, както е оповестено от последния в образеца на техническо предложение и предвид липсата на такива изисквания в техническата спецификация, не съставлява нередност по т.14 от Наредбата. Законодателят при определянето на тази категория нередност е приел налагането на финансова корекция в случай, че техническите спецификации не са приложени/изменени в хода на процедурата след крайния срок от подаване на оферти, като в сочената от Р. хипотеза се определи за изпълнител участник, който е следвало да бъде отстранен именно поради несъответствие на техническото му предложение със заложеното техническо задание, а не с оглед изискванията за начина и съдържанието на информация, различна от нормативно разписаната и съдържаща се в спецификациите. Т.е. финансовата подкрепа за тази категория нередност се оттегля винаги и само тогава, когато в резултат от

неправилното прилагане/изменение на техническото задание се определя за изпълнител участник, който би трябвало да бъде отстранен поради невъзможността на същия да изпълни обекта на поръчката, или съответно би могъл да изпълни поръчката, но в друг обем, вид, количество, което е различно от изначално оповестеното и търсено от конкретния възложител-бенефициер. Това е така и защото с извършеното изменение/промяна на техническите спецификации би могло да се стигне до хипотеза, в които да бъде и променен кръга от участниците, или до възлагане на договор, различен по вид, обем и съдържание от допуснатата и предоставена от ЕСИФ подкрепа.

Предвид липсата на нередност по т.14 от Наредбата, настоящият състав не следва да се произнася по доводите за неправилно приложение на пропорционалния метод, а не на диференциалния, съгласно същата наредба. За пълнота съдът отбелязва, че в процесния случай – критерий за възлагане „най-ниска цена“, оповестен ред за възлагане по чл. 104, ал.2 от ЗОП /т.нар. „обърнат ред“/ и наличие на конкурентна среда от депозиране на осем оферти, седем от които обаче са отстранени поради несъответствие на техническо/ценово предложение с изискванията на възложител-бенефициер, единственият възможен начин за определяне на конкретния размер финансова корекция съгл. чл.3, ал.2 от Наредбата, е този по пропорционалния метод. Това е така не защото диференциалният метод намира приложение само и единствено по отношение на отделни типове нередности – чл.70, ал.2, т.2, 8 и 10 от ЗУСЕФСУ, както е изразеното от ответника становище в писмени бележки от 05.04.2023г. В Наредбата, чл.5, ал.1 законодателят е определил, че размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В конкретния случай невъзможността да се даде реално количествено изражение на финансовите последици на нередността по т.14 от приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата, ако такава беше налице, пряко и непосредствено би произтекла от обстоятелството, че липсата на реално изчислена вреда е в следствие на липсата на реално съпоставими годни и допустими финансови предложения на оферти на участници, т.е.

отстраняването на всички останали участници на регламентираните в ЗОП правни основания /чл.107 от ЗОП/ и липсата на констатация, че същите са били незаконосъобразно отстранени, води до неприложимост на диференциалния метод за определяне на финансова корекция и съответно до прилагане на пропорционалния такъв с конкретен процент, предвиден в Наредбата, от Р. в условията на обвързана компетентност.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на СУ „Св. К. О.“, е засегнато от отменителните основания по чл.146 т.4 АПК, поради което същото следва да бъде отменено.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал.1 от АПК, жалбоподателят има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски по списък по чл.80 ГПК в общ размер 46 160лв., от които 1700лв. за държавна такса и 44 460лв. възнаграждение на един адвокат, съгласно Договор №7-56-4 за правна защита и процесуално представителство и представени доказателства за реалното му изплащане по банков път – фактура №...723 от 11.01.2023г. и банково извлечение за периода 13.01.2023г.-13.01.2023г. Съдът намира за неоснователни възраженията на ответника за прекомерност на адвокатския хонорар, предвид установен материален интерес по делото в размер 913 365,09лева. Определеният размер на адвокатския хонорар не надхвърля предвидения чл.8, ал.1 вр. чл.7, ал.2 , т.4 от Наредба № 1 от 9 юли 2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения размер.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 67 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на СУ „Св. К. О.“, ЕИК[ЕИК], [населено място], [улица], представляван от Ректора проф. д. н. А. Г., чрез процесуален представител адв. З. О. Решение №0401-77 от 30.12.2022г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е наложена финансова корекция в размер на 25% върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване/ по Договор

№80-09-45/10.03.2022г. с изпълнител „Строител“ ЕООД на стойност 3653460,36лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена обществена поръчка по ЗОП с предмет: „Изпълнение на строителство на нова сграда за нуждите на Център за компетентност в направление „води“ и „отпадъци“ по проект BG05M2OP001-1.002-0019 „Чисти технологии за устойчива околна среда – води, отпадъци, енергия за кръгова икономика“, финансиран по ОПНИР 2014-2020г., съфинансирана от ЕФРР.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ да заплати на Софийски университет „Св. К. О.“ с БУЛСТАТ[ЕИК] с адрес [населено място], [улица], представляван от Ректора проф. д. н. А. Г. сумата от 46 160лв. / четиридесет и шест хиляди и сто и шестдесет лева / за разноски по делото.

РЕШЕНИЕТО подлежи на касационно обжалване пред Върховен административен съд в 14 – дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: