

РЕШЕНИЕ

№ 2542

гр. София, 17.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 67 състав,
в публично заседание на 19.03.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Лилия Йорданова

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **258** по описа за **2024** 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 /ЗУСЕФСУ/ (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.)

Образувано е по жалба от Институт за Литература към Българска академия на науките /Б./ с БУЛСТАТ[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], [жилищен адрес] представляван от доц.д-р П. Ватова чрез адв. Т. П. /САК/ с офис [населено място], [улица], ет.2, ап.6 срещу Решение рег.№0901-18/14.12.2023г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. /Р. на ОП НОИР/, с което на основание чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ вр. чл.21, ал.17 от ЗОП вр. 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 за констатирана нередност, подведена по т.11, б. „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, обн. ДВ бр.27 от 2017г., изм. и доп. Бр.68 от 2017г, бр.67 от 2019г. и бр.19 от 2020г. е наложена финансова корекция в размер на 5 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ, стойност на разходите по договор №15/27.05.2022г., с изпълнител ЕТ „Проектстрой-Петър Петров“ в размер на 209887,20лв. без ДДС, съответно 251 864,63лв. с ДДС.

Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на

административния акт, като издаден при липса на мотиви и необоснованост, нарушение на материалния закон и административнопроизводствените правила, поради което моли за неговата отмяна. Счита за неоснователен и незаконосъобразен извода на Р., че е било задължително провеждането на две отделни обществени поръчки – една за СМР и друга за доставка на обзавеждане, тъй като съгласно одобрения бюджет на проекта е невъзможно да бъдат проведени две обществени поръчки. Аргументира теза, че двете дейности са включени в един бюджетен ред в ДБФП и не е възможно по този начин да бъдат проведени две самостоятелни възлагания. Съгласно жалбата именно за двете дейности жалбоподателят е обявил една обществена поръчка с обява от 17.02.2022г по чл.187 от ЗОП за събиране на оферти за възлагане на обществена поръчка за строителство по чл.30, ал.3, т.1 от ЗОП. Според жалбоподателя не е извършено нарушение на чл.21, ал.17 от ЗОП вр. чл.3, ал.1, т.1 и ал.2 от ЗОП вр. чл.2, л.1, т.1 и т.2 от ЗОП. Приложеното правно основание, въз основа на което нарушението е подведено като нередност е неправилно и води до правна необоснованост на административния акт. Съгласно утвърдения инвестиционен проект, съдържащ всички изискуеми по Наредба №4 от 21.05.2001г части, съществува функционална обвързаност между строителството и обзавеждането, което според жалбоподателя изключва нарушението на чл.21, ал.17 от ЗОП. Намира за необосновани мотивите в обжалваното решение относно обстоятелството, че възложителят е предоставил възможност само на икономически оператори с дейности в строителството да участват в обществената поръчка, като се позовава на възможността при възлагането да участват обединения на участници по см.чл. 59, ал.6 вр. чл.10, ал.1 и ал.2 от ЗОП. На следващо място счита за незаконосъобразно твърдението в индивидуалния административен акт, че включването на обзавеждане в К. на обществената поръчка за строителство, съставлява нарушение на прокламираните в чл.2 от ЗОП принципи, тъй като в поставените критерии за подбор няма изискване участниците да притежават опит в изработването и доставката на мебелно и друго обзавеждане и жалбоподателят не е ограничил принципа на свободна конкуренция. Следователно включването на обзавеждането като част от предмета на поръчката е обусловено от обстоятелството, че мебелите са включени в одобрения инвестиционен проект за обекта и са станали неразделна част от сметната документация на строежа. В условията на алтернативност оспорва размера на определената финансова корекция, като според жалбоподателя същата не би следвало да се налага върху стойността на законосъобразно изпълнената част от договора /СМР/, а само върху частта относно обзавеждането в стойностно изражение.

В съдебно заседание жалбоподателят 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 Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 (ОПНОИР), редовно призован, се представлява от пълномощник, който оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. В дадения от съда срок представя писмени бележки.

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

На 28.02.2018г. е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ №BG05M2OP001-1.001-0001-C01 по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж, процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-1.001 “Изграждане и развитие на центрове за върхови постижения“ с наименование на проекта „Изграждане и развитие на Център за върхови постижения „Наследство БГ“. Договорът е със страни – Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, представляван от К. Г.- ръководител на управляващия орган и бенефициер, състоящ се от страните: „СУ „Св. К. О. – водеща организация и Технически университет С., Университет по строителство, архитектура и геодезия, Национален институт по геофизика, геодезия и география-Б., Институт за изследване на изкуствата-Б., Институт за етнология и фолклористика с Етнографски музей-Б., „К.-методически научен център-Б.“, Институт за балканистика с Център по тракология-Б., Институт за литература-Б., Национална библиотека „Св. Св. К. и М.“, Национална спортна академия „В. Л.“ и Регионален исторически музей-С.. Със същия на бенефициента е предоставена безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 29 785 549,49лв по оперативната програма за изпълнение на проект BG05M2OP001-1.001-0001. Неразделна част от сключения договор за предоставяне безвъзмездна финансова помощ са Общите условия при предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Приоритетна Ос 1 от ОП НОИР.

Една от дейностите, одобрена за финансиране по проекта по компонент 4 „Нови технологии в креативните и рекреативните индустрии“ е Преустройство и смяна на предназначението в „Център за върхови постижения“ на помещения в сграда на Института за литература при Б., [населено място]. За целта партньора – страна към бенефициера Институт за литература при Б., [населено място] е провел обществена поръчка по чл.20, ал.3 от ЗОП, събиране оферти с обява с предмет: „Преустройство и смяна на предназначението в „Център за върхови постижения“ на помещения в сграда на Института за литература при Б., [населено място], с уникален номер на поръчката в Р. 01490-2022-0001.

В Р. на А. е публикувана обява с горепосоченото наименование с посочен CPV код 45000000, обект на поръчката „строителство“. Краткото описание на поръчката, дадено от възложителя е „Преустройство и смяна на предназначението в „Център за върхови постижения“ на помещения в сграда на Института за литература при Б., [населено място]. Поръчката ще се изпълнява въз основа на одобрен Работен инвестиционен проект и издадено Разрешение за строеж. Обектът е четвърта категория строеж, според чл.137, ал.1, т.4, буква „д“ от Закона за устройство на територията /ЗУТ/“. Обявената прогнозна стойност на поръчката е 216666,66лв без ДДС, като поръчката не е разделена на обособени позиции. В раздел П.2.4 е направено описание на поръчката, като е отразено, че в обхвата ѝ са включени следните основни дейности: Изпълнение на щендерни преградни стени от гипскартон на конструкция -90кв.м, изпълнение на представена обшивка от гипскартон на конструкция с дебелина 5 см-102кв.м, изпълнение на предстенна

обшивка от гипсокартон и пълнеж от минерална вата 10см от вътрешната стена на фасадни стени -58кв.м, изпълнение на топлоизолация от минерална вада 10см върху първата покривна плоча на студения покрив -172кв.м, изпълнение на армирана циментова замазка и нова подготовка ПВЦ настилка във всички помещения -158кв.м, боядисване с латекс на стенните покрития от гипсокартон -374кв.м., изпълнение на нова фасадна ПВЦ дограма със стъклопакет -48,50кв.м, изпълнение на нови вътрешни М. врати-ббр, отделяне на съществуващото стълбище от етажа с врата-1бр, изпълнение на интериорни стъклени витрина с двукрила врата с остъкляване-3бр, изпълнение на нови електро, ОВК инсталации и пожароизвестителна система.

Неразделна част на обявата по чл.187, ал.1 от ЗОП е документацията, в която са включени: Указания към участниците, включващи и указания за подготовка на офертата, както и Приложение №1 Техническа спецификация за възлагане на поръчката и Приложение №5 Техническо предложение за изпълнение на поръчката. Към документацията е приложена и съответната строителна документация, а именно Работен инвестиционен проект, съдържащ всички изискуеми по Наредба №4 от 21.05.2001г. Части. Съгласно обяснителната записка, т.2 „Функционално решение“ общото физическо и експлоатационно състояние на сградата е добро, констатирано при огледите. В обхвата на проектните помещения са установени незначителни функционални промени в интериор в процеса на експлоатация, които се изчерпват с късо преграждане с газобетонова зидария към столовата и изолиране на входа на столовата към покривната тераса при ремонтни хидроизолационни работи. По фасадата на сградата и в общите площи не се наблюдават промени от първоначалния им вид. От площта на деветия етаж на сградата за ЦВП са обособени помещения с обща застроена площ 184.75кв.м, от които по първоначални функции: кухня, помещения, обслужващи кухнята, асансьорни шахти 2 бр, фойе с достъп до асансьорното помещение. Помещенията, обект на проекта са в лошо състояние, при демонтажа и премахването на обзавеждането и оборудването, са допълнително нанесени вреди в повърхностите на стени, подове и тавани, дограмите са неподдържани, неуплътнели и амортизирани. Обектът се нуждае от основен ремонт, вкл. Подмяна на инсталации, дограми и др., което е и целта на проекта. Съгласно Проектното решение, съществуващите помещения са преустроени за работни помещения и архиви към лаборатория „Виртуална история на българската литература“ към ИЛ на Б.. Групата от така подобрите помещения формира самостоятелно обособена зона в етажа на сградата, за която е осигурено самостоятелно функциониране от останалите подобекти в сградата. В проектната зона е предвидено пребиваването едновременно на не повече от 50 човека. Лабораторията включва целия южен участък от етажа, в който е била разположена кухненската зона и малка част от бившата столова, като всички останали участъци от етажа ще са за общо ползване и не принадлежат към помещенията, обхват на проекта и не предвиждат инвестиционни намеси в тях. По отношение Дигитална лаборатория, А помещения за дигитализация на хартиени носители се предвижда обзавеждане за всяко работно място компютър, скенер, работен плот, контейнер, стол и за общо ползване принтер, мебел за съхранение на офис материали, шкафове/гардеробчета; Б Архивохранилище на архивни документи и материали на български писатели – обзавеждане – шкафове/стелажи за съхранение на архивни материали; В Помещение за архивообработка и въвеждане на библиографски данни – обзавеждане за всяко

работно място: компютър, работен плот, контейнер, стол; за общо ползване принтер, скенер, мебел за съхранение на офис материали, шкафове-гардеробчета; Г Б. дело за съхранение на литературно-историческите и критическите изследвания на хартиен носител, които изграждат корпуса на Виртуалната история на българската литература – обзавеждане – шкафове/стелажи за съхранение на архивни материали; Д Помещение за дигитален библиографски каталог – обзавеждане за всяко работно място: компютър, работен плот, контейнер, стол и за общо ползване принтер, скенер, мебел за съхранение на офис материали, шкафове-гардеробчета; 2. Посетителски център: А Информационен център с обзавеждане – компютър, работен плот, контейнер, стол, мебел за съхранение на офис материали; Б Център за обучение – обзавеждане за всяко работно и посетителско място: компютър, работен плот, контейнер, стол за общо ползване, принтер, скенер, мебел за съхранение на офис материали, шкафове-гардеробчета; В Конферентна зала – обзавеждане – работни маси, 25бр столове с възможност за стифиране/събиране, 1бр компютър, работен плот, стол, принтер, скенер, мебел за съхранение на офис материали; 3. Административни помещения – обзавеждане за всяко работно място компютър, работен плот, стол; за общо ползване принтер, скенер, мебел за съхранение на офис материали, шкафове-гардеробчета; 4. Обслужващи помещения: А Трезор техника и Б Сървърно помещение.

Съгласно проекта, са предвидени следните дейности:

-разрушителни и демонтажни работи – разрушаване на част от неносещите тухлени стени, демонтаж на съществуващи настилки, демонтаж на дограми, демонтаж на инсталации и др.

-СМР за изграждане на съвременна работна среда в обособените помещения /по стени, подове и тавани/ според изброените функционални изисквания, вкл.довършителни работи по участъци, нарушени при изграждането на нови инсталации и др;

-изпълнение на щендерни преградни стени от гипсокартон на конструкция-15см;

-преграждане на съществуващо помещение /лаборатория/ с щендерна стена от гипсокартон, за обособяване на коридор за достъп от стълбищната клетка до проектната зона

-изпълнение на предстенна обшивка от гипсокартон пред съществуващите вътрешни стени;

-изпълнение на предстенна обшивка от гипсокартон и пълнеж от минерална вата от 10см от вътрешната страна на фасадни стени;

-изпълнение на топлоизолация от минерална вата 10см върху първата покривна плоча на студения покрив;

-изпълнение на армирана циментова замазка и нова подова ПВЦ настилка във всички помещения;

- боядисване с латекс на стенните покрития от гипсокартон;
- изпълнение на гипсова шпакловка и боядисване с латекс на тавани;
- изпълнение на нова фасадна ПВЦ дограма със стъклопакет и изпълнение на нови вътрешни М. врати;
- отделяне на съществуващото стълбище от етаж с врата;
- изпълнение на нови електро и ОВК инсталации;
- довършителни материали за подмяна/ремонт, на съществуващи настилки, облицовки, первази и др, са предвидени да съответстват /по детайл, материал и цвят/ на настоящите неподменяеми в останалите участъци на сградата
- топлоизолиране на стени/таван/под и подмяна на дограми, осигуряващи необходимите по норми изолации-предвидени са полагане на теплоизолационни системи по вътрешната стена на стените, от технологични съображения, както и за да не засягат общите части на сградата – фасадите, които са извън обсега на проекта
- осигуряване на шумозащита и шумоизолация на обекта
- подмяна на покривни обшивки в контактни на проектната зона участъци /към покривната тераса/
- монтаж на ръкохватка за съществуващия парапет на терасата
- осигурена е достъпна среда съгласно Наредба 4 на МРРБ за проектиране, изпълнение и поддържане на строежите в съответствие с изискванията за достъпна среда за населението, включително за хората с увреждания.

Обществената поръчка е финализирана със сключването на Договор №15/27.05.2022г, сключен с изпълнителя ЕТ „Проектстрой-Петър Петров“, определен съгласно протокол от 06.04.2022г, утвърден от възложителя бенефициер. Стойността на договора възлиза на 209902,18лв. без ДДС.

Обявата, документацията за участие и образците към нея са публично достъпни в Регистъра на обществените поръчки <https://app.eop.bg/today/189374>

Във връзка с подаден пакет отчетни документи /ПОД/ №16/25.07.2023г. В ИСУН 2020 по проекта, на основание чл.70, ал.1, т.9 вр. чл.73, ал.1 и чл.72, ал.1 от ЗУСЕФСУ /загл.изм. ДВ бр.51 от 2022г, в сила от 01.07.2022г/, в редакцията му преди 01.07.2022г във вр.§70 от ПЗР на ЗИД ЗУСЕСИФ /обн. дв. бр.51 от 01.07.2022г, в сила от 01.07.2022г/ е констатирано нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта на ЗУСЕФСУ, извършено чрез действие от страна на бенефициента, което би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, а именно: включване на доставки на обзавеждане в техническата спецификация, които не са необходими за изпълнението на строителството, съставляващо нарушение на чл. 21, ал.17 от ЗОП, вр. чл.3, ал.1, т.1 и ал.2 от ЗОП вр.чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП. Бенефициерът е уведомен за така идентифицираната нередност, подведена

по т.11, б. „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности и определения процент финансова корекция в размер на 5% от размера на предоставената безвъзмездна помощ от ЕСИФ /сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани за възстановяване/ по засегнатия договор за строителство №15/27.05.2022г. с изпълнител ЕТ „Проектстрой-Петър Петров“ на стойност 209 87,20лв. без ДДС. Съгласно писмото за възражение №0901-18/03.11.2023г. /л.61-73/ на основание чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ е предоставен двуседмичен срок от получаване на уведомлението, бенефициерът да представи своите писмени възражения относно основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Същото е изпратено чрез ИСУН 2020, модул „Кореспонденция“ на дата 03.11.2023г.

На 16.11.2023г. чрез модул „Кореспонденция“ в ИСУН 2020 бенефициентът-възложител на обществената поръчка е подал възражение, с което изразява несъгласие от фактическа страна с констатацията на УО и е направено възражение срещу основанието и размера на предложената финансова корекция. Към възражението е представено писмено доказателство-копие на одобрения инвестиционен проект /л.75-107/.

С оспореното Решение за определяне на финансова корекция №0901-18/14.12.2023г. на Изпълнителния директор и Ръководител на Управляващия орган на ОП НОИР 2014-2020г Г. В., на осн.чл.73, ал.1 вр.чл.70, ал.1,т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕФСУ /загл.изм ДВ бр.51 от 2022г, в сила от 01.07.2022г/, в редакцията им преди 01.07.2022г и в редакцията на посочените разпоредби на ЗУСЕФСУ преди 01.07.2022г, във връзка с §70 от ПЗР на ЗИД ЗУСЕСИФ /обн.ДВ бр.51 от 01.07.2022г, в сила от 01.07.2022г/, 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 /обн. ДВ бр.27/2017г, посл. изм.доп. ДВ, бр.102 от 23.12.2022г/ за нарушението на чл.21, ал.17 от ЗОП, вр.чл.3, ал.1, т.1 и ал.2 от ЗОП вр.чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП, а именно възложителят Институт за литература-Б. е допуснал нарушение, изразяващо се във включване на доставки на обзавеждане в техническата спецификация, които не са необходими за изпълнение на строителството, квалифицирано като нередност по см.т.11, б.„б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, при отчитане наличието на конкурентна среда, е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 5% от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия договор с избрания изпълнител участник- Договор №15/27.05.2022г. с изпълнител ЕТ „Проектстрой-Петър Петров“ /л.14-28/.

Институт за литература – Б. е уведомен за индивидуалния административен акт, издаден от Р. на дата 14.12.2023г. чрез модул „Комуникация“ в ИСУН 2020 на 14.12.2023г/л.29/, на която дата административният акт е качен и изпратен до бенефициера чрез информационна система ИСУН 2020.

На 28.12.2023г. чрез Изпълнителна Агенция „Програма за образование“ е депозирана жалба чрез ССЕВ, заведена в деловодството на ИА „Програма за образование“ с вх.№0901-18/03.01.2024г.

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 ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. Второ 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 Изпълнителна агенция „Програма за образование“ /Загл. Изм.ДВ бр.67 от 2021г, в сила от 17.08.2021г/ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. /ОП „НОИР“/ и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съгласно чл.6,т.1 от УП на ИА „Програма за образование“ изпълнителният директор е ръководител на управляващия орган на ОП „НОИР“ и на Програма „Образование“. По силата на сключен трудов договор №24/01.03.2022г. /л.31/ считано от 01.03.2022г. Изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“ е проф. Г. Н. В.. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното 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 ЗУСЕФСУ. Същият е подписан от Г. В. в качеството му на Р. на ОП НОИР 2014-2020г. 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 ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициера да представи в двуседмичен срок в съответствие с чл. 73, ал.2 от ЗУСЕФСУ писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Възраженията на бенефициента са обсъдени в мотивите на индивидуалния административен акт.

Относно съответствието на акта с материалния закон, съдът намира за необходимо да посочи, че в Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник".

Относно приложението на материалния закон, съдът приема доводите в жалбата за неоснователни по следните съображения:

Разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ /сега ЗУСЕФСУ/ указва, че финансовата корекция се определя по основание и размер. Основанието за определяне на финансова корекция е наличието на данни за извършена нередност. Легалната дефиниция на понятието „нередност“ е дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 год. и представлява всяко нарушение на

правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС) и на Върховния административен съд на Република България е единна в становището си, че нередността, за която се определя финансова корекция, следва да бъде нормативно установена с посочване на предпоставките за осъществяването ѝ и санкцията при проявлението на хипотезата ѝ. Това е своеобразна гаранция за законосъобразното упражняване правото на защита на бенефициера, в чиято тежест се определя корекцията.

В настоящият случай, в оспореното решение, Р. на ОП НОИР 2014-2020г.е приел като основание за определената финансова корекция наличието на нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Съгласно посочената за нарушена правна норма от националното законодателство финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. Съгласно чл.70, ал.2 от с.з. случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1, т.9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

На Институт за литература към Б. /партньор в състава на бенефициера/ е определена финансова корекция в размер на 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани за възстановяване по засегнатия възлагателен договор за СМР №15/27.05.2022г. по чл.5, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, за идентифицирана нередност по см.т.11, б.“б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г и изразяваща се в нарушение на националното законодателство – чл.21, ал.17 от ЗОП във връзка с чл.3, ал.1, т.1 и ал.2 от ЗОП вр.чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП и изразяващо се във включване на доставки на обзавеждане в техническата спецификация, които според Р. не са необходими за изпълнение на строителството.

В случая не е спорно, че жалбоподателят е бенефициер по предоставената БФП и същият се явява възложител по см.чл.5, ал.2, т.14 от ЗОП, който предвид прогнозната стойност на поръчката в стойностните прагове по чл.20, ал.3 от ЗОП е приложил ред за възлагане чрез събиране на оферти с обява съгласно чл.187, ал.1 от ЗОП.

В обявата е посочен обект на поръчката строителство с основен СРV код 45000000 и наименование „Преустройство и смяна на предназначението в „Център за върхови постижения“ на помещения в сграда на Института за литература при Б., [населено място]. Посочена е също прогнозната стойност на възлагането, както и че поръчката не е разделена на обособени позиции. В указанията към участниците, включващи и указания за подготовка на офертата са посочени основните дейности в обхвата на поръчката, като в същите не фигурира доставка на обзавеждане. Поставени са изисквания към участниците, като в случай, че участникът е обединение, което не е ЮЛ, се представя копие на договор за обединение, от който да е видно правното основание за създаване на обединението, както и изискуема от възложителя информация. Не са поставени изисквания относно правната форма, под която обединението ще участва в процедурата за възлагане на поръчката. Поставени са критерии за подбор, съответстващи на обекта на поръчката – строителство по см.чл.3, ал.1, т.1, б. „б“ от ЗОП. Техническата спецификация за възлагане на поръчката по чл.187 от ЗОП е във вид на приложение №1 /л.123-132/, към нея в табличен вид е направена подробна количествена

сметка, отразяваща наименование на вида СМР, съответната мярка и количество, в която за обекта присъства раздел обзавеждане, с изброено обзавеждане по позиции /л.130-133/, където в Част „Архитектура“, раздел VI Обзавеждане в табличен вид от ред.53 до ред.102 за всяко от помещенията: Конферентна зала, Център за обучение, Помещение за дигитализация, Дигитален каталог, Архивообработка, Б. дело, Архивохранилище, Администрация и И. възложителят изисква доставката на работни маси, офис столове, шкафове за съхранение, бюра, маси-работен плод, подвижни офис контейнери и др.подобни, които според Р. не са необходими за изпълнение на СМР, описани в предмета на поръчката и същите не попадат в обхвата на строителството и не следва да се приемат като „обективно неделими части“ съгласно дефиницията на §2 т.28 от ДР на ЗОП. Същите не са част от дейностите по изпълнение на СМР и включвайки доставки на офис обзавеждане в К. за обекта, е формирана обща прогнозна стойност на поръчката, в нарушение на чл.21, ал.17 от ЗОП. По този начин според Р. на ОП НОИР се препятстват от участие икономически оператори, които биха могли да извършат доставка на описаното в К. обзавеждане, но не биха могли да изпълнят същинското строителство. Изводът на Р. на ОП НОИР е правилен.

Неоснователно е твърдението в жалбата, че правилно в обхвата на поръчката са включени и нестроителни дейности, в частност доставка на обзавеждане, тъй като самият управляващ орган е определил предоставения финансов ресурс в едно бюджетно перо, което предполага заедно възлагане на одобреното финансиране по този бюджетен ред. Според съда попадането или непопадането на стойността на поръчката в даден бюджетен ред в бюджета на проекта по никакъв начин не указва начина на възлагане на поръчката и/или включването на определено обзавеждане в техническата спецификация на обществена поръчка -строителство. Съгласно чл.5.2 от сключения ДБФП при избор на изпълнител/и, бенефициентът задължително прилага разпоредбите на националното законодателство за условията и реда на определяне на изпълнител от страна на бенефициенти на договорена безвъзмездна финансова помощ от структурните и инвестиционни фондове на ЕС. Следователно по никакъв начин бенефициерът не е бил правно/договорно задължен да извършва възлагане в нарушение на националното законодателство.

Недоказани са твърденията в жалбата, че именно ответникът във връзка с искано изменение на бюджета е получил одобрение за провеждане на една обществена поръчка с общ бюджет, включващ дейностите СМР и доставка обзавеждане, което предполага едно възлагане по см. чл. 11, ал.2 от ЗОП. Жалбоподателят не е ангажирал доказателства в този смисъл, следователно доводът му е неоснователен.

В обявата липсва изначално информация, че в строителството се включва доставка на оборудване в помещенията. Действително, съгласно инвестиционния проект е предложен цялостен подход, при който строителството и обзавеждането са подробно посочени. Според съда от доказателствата по делото не се установява функционална обвързаност между строително-монтажните работи и обзавеждането. Общата разпоредба на чл.21, ал.17 от ЗОП следва да се тълкува конкретно с оглед на вида на строително монтажните работи по смисъла на приложение 1, както и на вида на обзавеждането, което е предмет на интериорното решение. Технически инвестиционен проект по чл.151, ал.1, т.1 вр.§5,т.43 от ЗУТ сам по себе си не е основание за включване в предмета на поръчката и доставка на обзавеждане, поради което са правилни доводите на Р. за липса на обусловеност на включване в предмета на поръчката от самия факт на наличието на проекта. Липсва функционална обвързаност на обзавеждането, което е стандартно и масово и няма пряка връзка между него, естеството на извършваното строителство, нито има специфики при строителството, които трябва да бъдат извършени с оглед вграждането/експлоатацията на доставките, нито с оглед крайния резултат

и предназначението на сградата.

Безспорно от информацията в обявата, обектът на поръчката е строителство, а предмет на изпълнение са строителни дейности за преустройство и смяна на предназначение на помещения. Определеният от възложителя CPV код на поръчката, отговаря в пълна степен на определението за строеж, съгласно §2, т. 51 от ДР на ЗОП, а именно: „Строеж“ е резултатът от строителни работи или дейности в областта на строителството, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа и техническа функция. Обектът, предметът и посоченият CPV код на поръчката не дават никаква информация на потенциалните кандидати за изискванията в техническата спецификация и по-конкретно за частите от количествената сметка, включващи обзавеждане за обекта, които не попадат в обхвата на определението за строителство.

Съгласно чл.21, ал.17 от ЗОП при определяне стойността на договор за строителство не се допуска включването на доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение. Целта на забраната на чл.21, ал.17 от ЗОП е да не се ограничава конкуренцията чрез изкуствено събиране на различни обекти на обществената поръчка, защото изискванията към годността, икономическото и финансово състояние и техническите и професионални способности на потенциалните участници са различни. В конкретния случай обзавеждането не е функционално свързано със строителство, т.е. не е необходимо за неговото извършване.

Фактически според съда възложителят е лишил от участие икономическите оператори, които биха могли да извършат доставка на описаното в количествената сметка за обекта обзавеждане, но не биха могли да изпълнят останалата част от предмета на поръчката - строително-ремонтните дейности.

Извършването на дейностите по строителството само по себе си няма никакво отношение към закупуването или използването на шкаф, маса или бюро, които са подвижни вещи и не е необходимо тяхното вграждане в строежа. Доставката на обзавеждането е свързано с поддръжката и експлоатацията на обекта, като доставката им не е свързана с предмета на строителството, същата може да бъде едновременна, като съобразно прогнозната стойност бъде възложена обществена и поръчка за доставка на оборудване съобразно прогнозната стойност на оборудването, като същевременно да съпътства или да бъде последваща на възлагането на същинското строителство. Доставянето на бюрото не е относим факт за това дали ще може да бъдат осъществени същинските дейности по СМР -напр. дейностите по Разрушаване на съществуващи неносещи тухлени стени (вкл. същ. дограми) и пробиване на отвори в неносещи тухлени стени за монтаж на нови интериорни врати, описани в подробната количествена сметка (която е и раздел VI „Обзавеждане“) в табличен вид с колони, отразяващи наименование на вида Строително-монтажни работи (СМР), съответната мярка и количество към техническата спецификация по поръчката. Цялостният преглед на разписаното в сметката показва, че доставката на артикулите в раздела за обзавеждане не се намира в никаква причинно-следствена връзка с извършването на строителните дейности, още повече че става въпрос за подвижни вещи, за които не се предвижда трайно и неразделно прикрепване към сградата, така, че отделянето да уврежда съществено тях или помещението. Видно е че, предвид описанието, завършването на строителния процес не е предпоставено от доставката на обзавеждането, а тъкмо обратното, едва след завършването на строителните дейности е логично закупуването и доставянето на обзавеждането с исканите размери съобразно вида и размерите на помещенията. В тази връзка неоснователни са твърденията в жалбата, че точното изпълнение на предвидените СМР са в пряка зависимост със зададените размери на обзавеждането. Наред всичко гореизложено следва да се отчете, и че дори и самите твърдения съдържат в себе си формулировката зададените размери на обзавеждането,

което при всички условности на този аргумент, показва, че става въпрос за бъдеща доставка. Това съобразяване с размерите, не означава, че доставката на обзавеждането не може да бъде извършена отделно и впоследствие (а и трябва да е впоследствие и отделно, защото би попречила на реализирането на СМР). Примерите в тази насока могат да бъдат продължени с подовите настилки, Изпълнение на армирана циментова замазка - 5см и другите дейности - все тип, чието реализиране не зависи от обзавеждането. Разглеждането на твърденията на жалбоподателя така и не обосновава необходимост на тези артикули във връзка с извършване на строителните дейности.

Изложеното относно Наредба № 4 от 21.05.2001 г. според съда е неотносимо, тъй като в административния акт няма мотиви за приложението на Наредба № 4 от 21.05.2001 г. или естетически интериорен дизайн и липсват правни и фактически констатации на Р. на ОП НОИР в тази насока. Нормите на същата наредба не дерогират приложението на ЗОП при определяне на режима на възлагане на поръчките с оглед обекта – строителство, доставка и услуга. Законодателят е определил и различни стойностни прагове, при достигането на които възложителите прилагат съответния вид процедура, като определящо е конкретния обект по см.чл.3 от ЗОП.

Не се споделят аргументите в жалбата, че не е препятствано участието на икономически оператори, които имат за основна дейност доставка на офис обзавеждане с направената привръзка към възможността за създаване на обединения, които не са юридически лица. В обявата и останалите документи по поръчката фигурира предмет на поръчката - „Преустройство и смяна на предназначението на помещения...“ и с код съгласно Общия терминологичен речник (CPV) 45000000 (който е с описание: Строителство), където възложителят е ограничил кръга на икономическите оператори, които могат да подадат оферта. Определеният от възложителя CPV код на поръчката, отговаря в пълна степен на определението за строеж, съгласно §2, т. 51 от ДР на ЗОП, а именно: „Строеж“ е резултатът от строителни работи или дейности в областта на строителството, който е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция. както и на описаният обект и предмет на поръчката. Обектът, предметът и посоченият CPV код на поръчката не дават никаква информация на потенциалните кандидати за изискванията в техническата спецификация и по-конкретно за частите от количествената сметка, включващи доставка на обзавеждане за обекта, които не попадат в обхвата на определението за строителство. По този начин според съда възложителят е лишил от участие икономическите оператори, които биха могли да извършат доставка на описаното в количествената сметка за обекта обзавеждане, но не биха могли да изпълнят останалата част от предмета на поръчката — строително-ремонтните дейности. Това е така, тъй като са поставени критерии за подбор, меродавни за икономически оператори, които извършват строителство, но не и такива, които да извършват доставка на офис оборудване.

Що се отнася до правото по закон на всеки потенциален участник, ако той е доставчик на обзавеждане, да може да формира неперсонифицирано дружество/обединение със строител (чл. 59, ал. 6 от ЗОП), с което се доказва наличието на различни отворени възможности към доставчиците, следва да се отбележи следното:

Тези възможности са неотносими към констатираното нарушение на чл.21, ал.17 от ЗОП. Възможността за обединение съгласно чл. 59, ал. 6 от ЗОП е по отношение доказване съответствието с критериите за подбор, а в случая се касае до условия в техническата спецификация, а именно включване към строителството на доставки на обзавеждане, които не са необходими за неговото изпълнение. Тази нормативна възможност не е създадена с цел да се санира използването от възложителя на ограничителна техническа спецификация, а да

улесни достъпа на участници до обществените поръчки.

Относно възможността доставчик на обзавеждане да формира обединение със строител, съдът приема, че смисълът на създаване на обединение е когато един икономически оператор сам не може да отговори на изискванията на възложителя по отношение доказване съответствието с критериите за подбор, какъвто не е разглежданият случай. За да създаде обединение със строител, доставчик на обзавеждане най-малко трябва да участва в преговори със строител/и, т.е. за доставчика ще възникне най-малко административна тежест за създаване на обединение, което би имало разубеждаващ ефект от организиране и участие в такива преговори за създаване на обединение, съответно би имало разубеждаващ ефект от участие в процедурата предвид кратките срокове при този вид възлагане за депозирание на оферта. Не може да бъде пренебрегнат и факта, изложен и по-горе в текста на настоящото решение, че такива икономически оператори, които по своята търговска дейност извършват само доставка на обзавеждане, е невъзможно да получат информация само от обекта на поръчката (строителство), от предмета или CPV кода на същата, че тя включва и доставка на обзавеждане, без да са се запознали с цялата документация по поръчката, включително техническата спецификация. От друга страна, дори и да са узнали, че поръчката за строителство включва в себе си и доставка на обзавеждане, те не биха могли да заявят участие в нея доколкото в случая дейностите по строителство и доставка са обединени, т.е. не са предмет на отделни обособени позиции (в случай на систематична свързаност между тях). Т.е. в поръчката участие биха могли да вземат само онези икономически оператори, които могат да извършат строителството. И само в случай, че не могат да доставят и обзавеждането, биха могли да инициират създаване на обединение с друг икономически оператор за доставка на това обзавеждане. В този смисъл начинът, по-който е структурирана документацията по поръчката предполага строител да прояви интерес предвид обекта, предмета, CPV кода и техническата спецификация на поръчката и само ако установи, че не може да изпълни сам всичко, предвидено в техническата спецификация (т.е. ако установи, че не може сам да извърши доставка на обзавеждането, включено в техническата спецификация), да създаде обединение, но с определен от него доставчик, на когото предложи да извърши доставка на обзавеждането. Това отново потвърждава, че кръгът от икономически оператори, който може да извърши само доставката на включеното в техническата спецификация обзавеждане, е ограничен от достъп до поръчката. А. за използването на подизпълнител за доставка на мебели сам по себе си е дискриминационен, защото на практика ограничава доставчиците на мебели от участие в поръчката, а създава пречки и им създава тежест да влизат в отношения с кандидата, без да могат да кандидатстват и да извлекат ползи от това.

Гореизложените съображения ясно индикират и нарушението на чл. 21, ал. 17 от ЗОП, 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.

Що се отнася до наведеното възражение в жалбата относно размера на корекцията, съдът намира същото за неотносимо, защото 1. Съгласно приложимата към датата на издаване на акта редакция на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за осъществяването от жалбоподателя нередност законодателят е определил размера на финансовата корекция във фиксирана величина - 5%. По този начин той не е предоставил възможност на органа да извършва допълнителна преценка за размера на финансовата корекция, а е определил размера на корекцията чрез единствен точно определен процентен показател. Диференциацията, т.е. пропорционалността, е в определените от законодателя четири различни хипотези на процесната нередност в този смисъл РЕШЕНИЕ № 9189 ОТ 16.08.2021 Г. ПО АДМ. Д. № 4803/2021 Г., VII ОТД. НА ВАС.; 2. в самата количествена сметка в документацията по поръчката няма посочени стойности. Предвид това е неотносимо твърдението в жалбата, че следва да се наложи финансова корекция само върху стойността за оборудване, но не и на

строителството. Възложителят сам е определил параметрите на поръчката и незаконосъобразно е включил в нея доставка, която не е функционално свързана със строителния процес, няма възможност за подаване на оферти по отделни позиции /за строителство и за доставка/, няма фиксирани стойности на доставката. Фактът, че в инвестиционния проект фигурира такова отделно остойностяване не води до приложение на различен процент финансова корекция при наличие на едно незаконосъобразно възлагане.

Установеното нарушение на чл. 21, ал.17 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 1, т.1 и ал.2 от ЗОП вр.чл.2, ал.1, т.1 и т.2 от ЗОП законосъобразно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/17г. Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, като е отчетено че е достигнато минимално ниво на конкуренция по процедурата. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност законосъобразно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент за установеното нарушение – 5 %. Съгласно трайната практика на ВАС /Решение №9211 от 27.07.2016г./ въведена е необорима презумпция, при която за дадено нарушение Р. действа в условията именно на обвързана компетентност и е длъжен да наложи финансова корекция само заради потенциалната възможност да бъде нанесена вреда на бюджета, а определя размера на корекция в съответствие с наредбата.Националното законодателство и законодателството на Съюза, в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 от Регламент № 1303/2013, не поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност съществува и когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност – „има или би могло да има“. Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v С., С-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; решение Chambre L'Indre, С-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, както и последното решение Wrocław, EU:C:2016:562, т. 44. Нарушението на правото на съюза и в частност на принципите на равнопоставеност и недопускане дискриминация, които обективно се явяват нарушени при незаконосъобразна ТС създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Съгласно решение на съда на ЕС от 26.05.2016г. по преюдициални запитвания по съединени дела С-260/14 и С-261/14 неспазването на национални разпоредби от възлагащ орган, ползващ се от структурни фондове при възлагането на обществена поръчка, може да съставлява „нередност“ доколкото неспазването има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез отчитане на неоправдан разход.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на Институт по литература към Б., 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, 67 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ като неоснователна жалбата на Институт за Литература към Българска академия на науките /Б./ с БУЛСТАТ[ЕИК] със седалище и адрес на управление [населено място], [улица], [жилищен адрес] представляван от доц.д-р П. Ватова срещу Решение рег.№0901-18/14.12.2023г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г. /Р. на ОП НОИР/.

ОСЪЖДА Институт за Литература към Българска академия на науките, с Булстат[ЕИК], представляван от доц.д-р П. Ватова да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: