

РЕШЕНИЕ

№ 7792

гр. София, 19.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 61 състав,
в публично заседание на 24.11.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Немска

при участието на секретаря Дора Тинчева, като разгледа дело номер **9488** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 2 Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ – заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./.

Образувано е по жалба на Софийски университет "Св. К. О.", представляван от проф. д.н. А. Г. – Ректор, чрез процесуалния представител- адв.З. О., срещу с адрес [населено място], [улица], ап.1 срещу Решение № 0401-51/23.09.2022г.на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което по отношение на С. университет „Св.К. О.“ е определена финансова корекция в размер на 10 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор №80-09-248/21.12.2020 г. с изпълнител Е. АД на стойност 529 085,00 лева без ДДС и 634 902,00 лева с ДДС.

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е незаконосъобразно, постановено е в нарушение на административнопроизводствените правила и материалния закон. Счита, че не е безспорно доказано извършено нарушение, както и от същото да са произлезли вреди. Иска от съда да отмени изцяло оспореният акт с присъждане на разноски за производството.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – адв.С. О.,

преупълномощен от адв. З. О., поддържа жалбата, както и твърденията си относно незаконосъобразността на акта. Претендира присъждане на разноски. Представя писмени бележки.

Ответникът - Изпълнителният директор на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма Наука и образование за интелигентен растеж 2014-2020 г.“ – чрез юристконсулт Г., оспорва подадената жалба и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят е бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ №BG05M2OP001-1.001-0001 Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“, сключен с Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“.

В изпълнение на договора, жалбоподателят е провел обществена поръчка чрез открита процедура по реда на ЗОП, с предмет „Осигуряване на комуникационна свързаност за нуждите на Център за данни (Data center) и научноизследователски инфраструктури и лаборатории в изпълнение на проект №BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, приоритетна ос „Научни изследвания и технологично развитие“, съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие (ЕФРР)“, с уникален номер на поръчката в Регистъра на обществените поръчки (Р.) 00640-2020-0033.

Вследствие на проведената обществена поръчка е сключен договор №80-09-248/21.12.2020 г. с изпълнител Е. АД на стойност 529 085,00 лева без ДДС и 634 902,00 лева с ДДС, представена с подаден пакет отчетни документи (ПОД) №13 от 02.04.2022 г. в ИСУН 2020,

От Документация за участие в открита процедура (Одобрена с Решение №РД 40-137 от 11.06.2020г. на Ректора на СУ „Св. К. О.“), публикувана в ПК на 16.06.2020г., възложителят е посочил в раздел I. ОБЩИ ПОЛОЖЕНИЯ, А. Обект, предмет, срок, географски обхват, максимално допустима стойност и начин на плащане, на стр. 7 е посочено в т. 7. Начин на плащане възложителят извършва плащанията за предоставената услуга по договора, съгласно ценовото предложение на изпълнителя, неразделна част от договора за обществена поръчка, както следва: 1) Авансово плащане в размер 10% от Ц. за доставка на необходимото мрежово оборудване и въвеждане в експлоатация на изградената комуникационна мрежа в срок до 30 дни, считано от датата на сключване на договора срещу представена от изпълнителя при подписване на договора гаранция, обезпечаваща авансово предоставените средства в размера на авансовото плащане с включен ДДС съгласно условията на чл. 9 от договора, както и фактура оригинал;“

В раздел Б. Техническа спецификация. Условия за изпълнение на обществената поръчка, на стр. 12, в т. 2. Обхват на предмет на поръчката и конкретни дейности е посочено, че следва да бъдат отправени предложения за изпълнения на следните дейности от обхвата на предмета на поръчката: Дейност 1. Доставка и монтаж на необходимото оборудване и изграждане на комуникационната мрежа, свързваща

хардуерната инфраструктура, при следните технически параметри на оборудването, които са посочени в табличен вид, като за 2 Маршрутизатор –тип 2-18 броя следва предложеният маршрутизатор – тип 2 да притежава характеристика – оперативна памет 16 GB.

С Решение № РД 40-158/ 26.06.2020г. на Ректора на СУ „Св. К. О.“, публикувана в ПК на 29.06.2020г., на стр. 7-8, т. 7. Начин на плащане, е направена промяна относно начина на плащане на аванса по следния начин:

„1) Възложителят заплаща аванс в размер на 10% от предложената от изпълнителя цена за доставка на необходимото мрежово оборудване и въвеждане му в експлоатация. Авансът се заплаща на части както следва:

А) 2000 лв. без ДДС в срок до 5 работни дни от завеждане на настоящия договор в деловодната система на Възложителя и представяне в Деловодството на СУ на придружително писмо с фактура, както и гаранция, обезпечаваща авансовото плащане в една от формите посочени в чл. 111, ал. 5 от ЗОП.

Б) остатъкът до размера на авансовото плащане в срок до 5 работни дни от верификация на разхода по първата част от аванса от УО на ОП НОИР и представяне в Деловодството на СУ на придружително писмо с фактура за остатъка от авансовото плащане съгласно чл. 9 от проекта на договора.

Гаранцията, обезпечаваща авансовото плащане, се освобождава в срок до 3 (три) дни след връщане или усвояване на аванса. Авансът се счита за усвоен след подписване на протокола по изграждане и въвеждане в експлоатация на комуникационната мрежа. Условието във връзка с предоставянето на гаранцията за обезпечаване на авансово предоставените средства са посочени в чл.9 от проекта на договора. “

В променената документация на стр.12, относно т.2 „Маршрутизатор –тип 2-18 броя е направена промяна от характеристиката /на ред 7/ вместо Оперативна памет -16GB, е посочено Оперативна памет - - мин. 8 GB.

Във връзка с подаден пакет отчетни документи под № 13/02.04.2022г. по проект BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“, финансиран по ОП „НОИР 2014-2020“, обществена поръчка с предмет „Осигуряване на комуникационна свързаност за нуждите на Център за данни (Data center) и научноизследователски инфраструктури и лаборатории в изпълнение на проект №BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, приоритетна ос 1 „Научни изследвания и технологично развитие“, съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие (ЕФРР)“, при проверка на документите, Р. на ОПНОИР е констатирал нередност, поради което с писмо изх.0410-51/18.07.2022г. на основание чл.73 ал.2 от ЗУСЕСФСУ е предоставил срок от 2 седмици на жалбоподателя да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

В УО на ОПРР е постъпило чрез ИСУН, становище - възражения с вх.№ BG05M2OP001-1.001-0001-С03-М316/18.07.2022г. от жалбоподателя с твърдения за липса на извършени нарушения, респективно нередности.

С Решение № 0401-51/23.09.2022г на Р. на ОП“НОИР“ е установено извършено нарушение, допуснато от бенефициента – СУ „Св.К. О.“

В хода на съдебното производство са приети писмени доказателства приложени по

административната преписка. Други доказателства не са ангажирани от жалбоподателя.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е издаден на 23.09.2022г., а жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ на 07.10.2022г., т.е. в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

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 се изменя 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, 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". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕФСУ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

По въпроса за компетентността на органа, издал обжалвания акт: Оспореното Решение №0401-51/23.09.2022г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ 2014-2020 г. за налагане на финансова корекция на СУ е издадено от материално компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с решение на управляващия орган, одобрил проекта. В случая проектът във връзка, с който е и проведена обсъжданата обществена поръчка, е одобрен от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ 2014 – 2020 г. Според чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ / в приложимата редакция/ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, а съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ ръководител на УО е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира УО, или оправомощено от него лице. Съгласно Глава втора от „Устройствения правилник на ИА ОП „НОИР“ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности,

съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съгласно Глава трета, Раздел II от правилника Изпълнителният директор на агенцията е и Ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР". Видно от трудов договор №РД12-24 от 01.03.2022г., подписан от Министъра на образованието и науката на РБ в качеството му на работодател /л. 10/ и проф. Г. В. – в качеството на служител, на последният е възложено да изпълнява длъжността Изпълнителен директор на ИА ОП „НОИР“, като същият по смисъла на правомощията, дадени с устройствения правилник е компетентен да издава всички индивидуални административни актове по смисъла на ЗУСЕФСУ.

Решението е издадено в изискуемата по чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ писмена форма. В него се съдържат фактически и правни основания, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Разгледани са и са подложени на преценка възраженията на СУ, като органът изрично формулира констатация за нередности по т. 4.2. от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата във връзка с установените нарушения. Посочени са фактически и правни съображения за налагането на финансова корекция за посочените нередности и нейния размер. Спазени са регламентираните в ЗУСЕФСУ специални правила за провеждане на процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. В съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансова корекция Ръководителят на УО на ОП „НОИР“ е запознал бенефициента СУ с констатациите си и му е предоставил възможност за писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция. Бенефициентът е изпратил писмено възражение чрез ИСУН на 27.07.2022г. Оспореното решение е издадено на 23.09.22 г. след изтичане на предвидения в чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ срок.

Материалната законосъобразност на акта за определяне на финансова корекция се свързва с преценката дали е възприето от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ основание за налагането ѝ, съответно правилно ли е определен размерът на финансовата корекция. Съгласно чл. 71 от ЗУСЕФСУ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Основанията за определяне на финансова корекция, нормативно са регламентирани в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ такова основание е и 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 ЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент №1303/2013 ДЧ носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013, ДЧ предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Дефиницията за „нередност“ се съдържа в чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013, съгласно която норма „нередност“ е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на

неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“, изисква наличието на три елемента от обективна страна: 1. действие или бездействие на икономически оператор, 2. това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. да има или би имало като последица, нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Настоящият съдебен състав възприема, че езиковото тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 не оставя каквото и да било съмнение относно възможността вредата на бюджета на съюза да не е само реално настъпила, но и потенциална, т. е. нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда – последното трайно възприето както в българската съдебна практика, така и в практиката на Съда на ЕС.

В случая упражненото с Решение №0401-51/23.09.2022г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ административно правомощие по чл. 73 от ЗУСЕФСУ, от фактическа страна се основава на констатирано нарушение на разпоредба от ЗОП при възлагане на обществена поръчка с предмет „Осигуряване на комуникационна свързаност за нуждите на Център за данни (Data center) и научноизследователски инфраструктури и лаборатории в изпълнение на проект №BG05M2OP001-1.001-0001 „Изграждане и развитие на център за върхови постижения „Наследство БГ“, квалифицирано, като „нередност“ по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 и чл. 70 ал. 1 т. 9 от ЗУСЕФСУ. Безспорно СУ има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент №1303/2013, защото участва в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ. Именно в това свое качество и като получател на безвъзмездна финансова помощ по ОП „НОИР“ 2014-2020, Софийският университет е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено по програмата безвъзмездно финансиране, съставляващо средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ – т. е. налице е първият елемент от фактическия състав на определението за „нередност“.

Относно твърденията на процесуалния представител на жалбоподателя в писмените му бележки, че бенефициента не е възложител на обществената поръчка, съдът дължи да отбележи следното:

Несъмнено бенефициент и адрес на оспореното решение е именно СУ Св. К. О.", представляван от проф. д.н. А. Г. – Ректор. Съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се налага за извършена нередност от страна на бенефициента. Вярно е и твърдението, че бенефициента е публичноправна организация. Негово, с оглед на договора, е задължението за започването и изпълнението на договора и на одобрения проект, т. е. на операцията по смисъла на член 2, точка 9 от Регламенти № 1303/2013, избрана от

управляващия орган и допринасяща за постигане на целите на програмата, по която са отпуснати средствата. Действително в чл.5 ал.1 т.14 от ЗОП /в приложимата му редакция/ възложители на обществени поръчки са представляващи публичноправните организации, но тази норма по никакъв начин не изключва налагане на финансова корекция по отношение на бенефициента - публичноправната организация СУ Св. К. О."

В чл. 5 – 5.2 на договора за БФП / лист 161-162 от делото/ е посочено, че при избор на изпълнител бенефициента задължително прилага разпоредбите на националното законодателство за условията и реда за определяне на изпълнител от страна на бенефициенти на договорена БФП от Структурните и инвестиционни фондове на ЕС. Съгласно чл.5-5.2.1 При нарушения на националното законодателство в областта на обществените поръчки /ЗОП/ или на реда за определяне на изпълнител от страна на бенефициенти на БФП, определен в ЗУСЕСИФ /сега ЗУСЕФСУ/ и актовете по неговото прилагане, в случаите когато бенефициента не е възложител по смисъла на ЗОП, УО извършва финансови корекции по реда и при условията на приложимото национално законодателство за определянето на финансови корекции, които се прилагат спрямо разходите, свързани с изпълнение на оперативните програми, съфинансирани от структурните инструменти на ЕС.От друга страна, финансовата корекция е административна мярка с възстановителен характер. Възстановителната административна мярка се прилага по отношение на този правен субект, който притежава правния инструментариум, за да я изпълни, защото целта е да се възстанови състоянието от преди правонарушението, т. е. да се възстанови "придобитата незаконно" сума по изказа на член 4, параграф 1 от Регламент (ЕО, Евратом) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 година, относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности. В случая, видно от доказателствата по делото, в т. ч. и от самия договор за безвъзмездна финансова помощ, всички финансови взаимоотношения, предмет на договора, се осъществяват между органа и СУ "Св.К. О./ . СУ в качеството си на страна по договора за БФП, получава безвъзмездната помощ, предявява искане № 13 от 02.04.2022г. в ИСУН 2020 за верификация на разходите, в т. ч. и на разходите по Договор № 80-09-248/21.12.2020г. с изпълнител Е. АД.. В този смисъл е Решение № 3501 от 17.03.2021 г. на ВАС по адм. д. № 103/2021 г., VII отделение.

Спорът по делото е и относно наличието на втория и третия елемент от фактическия състав на посочената по-горе легална дефиниция за „нередност“, като материалноправно основание за законосъобразното определяне на финансовата корекция. Нарушения на правилата на ЗОП, ако са допуснати такива, биха осъществили втората материална предпоставка на фактическия състав на „нередност“. Това е така, тъй като бенефициентът е длъжен да спазва правилата на ЗОП за определяне на изпълнител, съгласно нормата на чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕФСУ, структурирана в глава четвърта от закона - „Специални правила за определяне на изпълнител от бенефициенти на безвъзмездна

финансова помощ“, а според чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание 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 ЕСИФ. Спорът между страните е съсредоточен върху твърдяното от административния орган и оспорено от жалбоподателя нарушение на чл.100, ал.7, т.1 от ЗОП.

Както вече бе посочено, от фактическа страна, а и това не е спорно, жалбоподателят е направил промени по документацията на обществената поръчка, както следва:

1. На стр. 7-8 от изменената документация, в т. 7. Начин на плащане, е направена промяна относно начина на плащане на аванса по следния начин: първоначално е записано, следното“Авансово плащане в размер 10% от Ц. за доставка на необходимото мрежово оборудване и въвеждане в експлоатация на изградената комуникационна мрежа в срок до 30 дни, считано от датата на сключване на договора срещу представена от изпълнителя при подписване на договора гаранция, обезпечаваща авансово предоставените средства в размера на авансовото плащане с включен ДДС съгласно условията на чл. 9 от договора, както и фактура оригинал;“а след това е променено така: Възложителят заплаща аванс в размер на **10%** от предложената от изпълнителя цена за доставка на необходимото мрежово оборудване и въвеждане му в експлоатация. Авансът се заплаща на части както следва:

А) 2000 лв. без ДДС в срок до 5 работни дни от завеждане на настоящия договор в деловодната система на Възложителя и представяне в Деловодството на СУ на придружително писмо с фактура, както и гаранция, обезпечаваща авансовото плащане в една от формите посочени в чл. 111, ал. 5 от ЗОП. Б) остатъкът до размера на авансовото плащане в срок до 5 работни дни от верификация на разхода по първата част от аванса от УО на ОП НОИР и представяне в Деловодството на СУ на придружително писмо с фактура за остатъка от авансовото плащане съгласно чл. 9 от проекта на договора.Гаранцията, обезпечаваща авансовото плащане, се освобождава в срок до 3 (три) дни след връщане или усвояване на аванса. Авансът се счита за усвоен след подписване на протокола по изграждане и въвеждане в експлоатация на комуникационната мрежа.Условията във връзка с предоставянето на гаранцията за обезпечаване на авансово предоставените средства са посочени в чл. 9 от проекта на договора.“

2. На стр. 12 от изменената документация, относно т. 2 Маршрутизатор – тип 2-18 броя , е направена промяна на характеристиката(на ред 7): от Оперативна памет - мин 16GB е променено на Оперативна памет - мин 8GB.

Съгласно чл. 100, ал.1 от ЗОП „Възложителят може, по собствена инициатива или по искане на заинтересовано лице, да направи промени в условията на процедурата, посочени в обявлението, с което се оповестява откриването на

процедурата, в поканата за потвърждаване на интерес, в документацията за обществената поръчка и в описателния документ.“ С тази разпоредба законодателят цели да създаде възможност за възложителя да отстрани допуснати несъответствия или неточности в условията на процедурата, посочени в обявлението или в документацията. Упражняването на това право на възложителя е обвързано с определени изисквания и срокове. Тогава, когато измененията са такива, че водят до съществена промяна в условията на поръчката, които налагат промяна в офертите на участниците, законодателят изрично е задължил възложителя да удължи сроковете за получаване на оферти - чл. 100. ал. 7. т. 1 от ЗОП (в приложимата редакция).Целта е, чрез предоставената в чл. 100 от ЗОП възможност за възложителя, да не се ограничава кръгът на лицата, които биха могли да изразят интерес от поръчката, т.е. да не се ограничава конкуренцията, да не се нарушава равнопоставеността на икономическите оператори, в т.ч. да не се дава необосновано предимство на отделни оператори, но да се даде възможност на възложителя да коригира определени несъответствия или неточности в условията на поръчката като тогава, когато промяната води до необходимост от изменение на офертата, е налице и задължение за удължаване на срока, защото на участниците трябва да се гарантира възможност за пълноценно изготвяне на офертата.

В случая промененото изискване към „Маршрутизатор - тип 2“ има потенциала да наложи промяна на офертата, защото е променена характеристика на търсеното оборудване и това би се отразило на цената, което от своя страна води до промяна на ценовото предложение. Като се има предвид, че ценовото предложение е част от офертите на участниците, то извършената от възложителя промяна в минималните технически спецификации на оборудването, предмет на обществената поръчка, несъмнено води до необходимост от промяна на офертите на участниците. Промененото изискване задължително налага промяна на офертата, защото е пряко свързано с характеристиките на търсеното оборудване и като се вземе предвид, че промяната касае „Маршрутизатор - тип 2“, от който възложителят е заложил да получи 18 броя, то това задължително ще се отрази на цената, посочена в ценовото предложение.

От друга страна промяната в условията за предоставяне на аванса също се отразява върху офертата, доколкото условията за плащане са от значение при преценката на участника относно паричния поток на средствата, които са му необходими, за да изпълни поръчката. Изпълнителят е този, който ще получи авансови средства, но същевременно всеки участник ще съобрази своите възможности по изпълнението на поръчката, които предлага съобразно стойността и момента на получаване на предвидения аванс. Този фактор рефлектира върху разпределянето на техническите и финансови ресурси и тяхното структуриране от всеки участник, съобразно променения начин на заплащане на части по различно време на авансово плащане, което ще получи.

Именно размера и момента на осигуряването на авансови средства ще предопредели подготовката и изпълнението на дейностите, предмет на обществената поръчка. Въпросните средства позволяват на всеки потенциален участник да определи последователността на изпълнение, която ще приложи така, че да не изпадне във финансова нестабилност, което рефлектира върху качеството и постигането на желаните резултати. С извършената промяна при предоставяне на аванса, възложителят е поставил под условие получаването на остатъка от аванса, като го е обвързал с „верификация на разхода по първата част от аванса от УО на ОП НОИР“, което условие означава, че изпълнителят по обществената поръчка има вероятност да не получи втората част от аванса (което преди промяната не е било така, т.е. не е променено само времето на получаването му, а и изобщо възможността за получаване на такъв). За потенциалните изпълнители на обществената поръчка или за част от тях, това може да е условие, което дори да повлияе на вземането на решение за участие в процедурата от една страна, а от друга, налага промяна в офертите на участниците.

Предвид гореописаното, възложителят е извършил съществена промяна в документацията на обществената поръчка, тъй като измененията налагат кандидатите да съобразят техническите и ценовите си предложения с новите параметри на маршрутизатора и новите условия за предоставяне на авансови средства. Въпреки това, възложителят не е удължил срока за получаване на оферти, както е регламентирано в чл. 100, ал. 7, т.1 от ЗОП.

Неоснователни са твърденията, въведени в жалбата, че „за да възникне задължение за възложителя да удължи срока за получаване на оферти е нужно кумулативното осъществяване на две предпоставки: съществени изменения в условията по обявената поръчка и тези съществени изменения да налагат промяна в офертата на участниците“.

От разпоредба на чл.100 ал.7 т.1 от ЗОП е видно, че измененията са съществени само когато налагат промяна в офертите на участниците, т.е. необходимостта от промяна в офертата е предпоставката въз основа на която едно изменение може да се определи като съществено. В този смисъл, не може да се твърди, че една от предпоставките, за да възникне задължение за удължаване на срока от възложителя е да има “съществени” изменения в условията по обявената поръчка, тъй като съществеността се предопределя от необходимостта от промяна в офертата на участниците. И обратно, ако измененията не налагат изменение на офертите, то тогава не могат да бъдат определени като съществени и съответно няма да е необходимо удължаване на срока за получаването им.

Съдът, не споделя и твърдението на жалбоподателя, че „няма нарушение на чл.100 ал.7 т.1 от ЗОП, тъй като към датата на решението няма подадена нито една оферта за изпълнение на обществената поръчка и следователно няма нито един участник в нея, а щом няма участници в обществената поръчка, то не е възможно измененията в условията по нея да налагат промяна в липсващите

оферти на участниците“. Законът за обществените поръчки и цитираната правна норма от същия, по никакъв начин не обвързват наличие на получени оферти с извършване на преценка за съществени изменения на условията на обществената поръчка. Идеята на законодателя е, че ако изменението налага промени в офертите, то е необходимо да се даде достатъчно време на кръга на заинтересованите от участие лица да успеят да отговорят на тези промени без да се нарушава минималния законоустановен срок за подаване на оферти. Видно и от текста на норма на чл. 100, ал.7, т.1 от ЗОП, че новият срок „не може да е по-кратък от първоначално определения“, т.е. колкото време са имали участниците за подготовка на офертите при първоначалните условия, толкова трябва да имат и при променените условия на поръчката, с което законодателят гарантира, спазване на принципите за равнопоставеност и свободна конкуренция.

Няма определение в закона, какво следва да се разбира под "съществени изменения в условията, които налагат промяна в офертите на участниците" и понятието следва да се изведе в резултат на тълкуване. Семантичното тълкуване - с оглед на чл. 36, ал. 1 и чл. 37, ал. 2 от Указ № 883 от 24.04.1974 г. за прилагане на Закона за нормативните актове (Указ № 883), сочи в контекста на общоупотребимия български език, че става въпрос за такова изменение, което би довело до промяна на основен, главен, важен елемент от условията на процедурата, поради което и офертите на участниците не биха били същите. Предвид нормата на чл. 100, ал. 7, т. 1 ЗОП, промяната трябва да бъде такава, че да налага само и единствено промяна на офертите на участниците. Този извод се подкрепя и от систематичното и логическо тълкуване на всички алинеи на чл. 100 ЗОП, който с текста на алинея 10 „С обявлението за изменение или допълнителна информация в случаите на промени по ал. 7, т. 1 възложителите не трябва да въвеждат условия, които биха променили кръга на заинтересованите лица“, изрично определя границите на преценката за съществеността на промяната, а именно - необходимостта от запазване на кръга на заинтересованите лица. Доколкото законодателят не е дал нормативно установено правило как се определя кога е налице промяна в кръга на заинтересованите лица, то разпоредбата трябва да се тълкува в контекста на принципите на закона и на основното изискване по чл. 2, ал. 2 ЗОП. Това значи, че промяната не следва да води до ограничаване на конкуренцията, като въвежда необосновано предимство или необосновано ограничение и да не е съобразена с предмета, стойността, количеството или обема на поръчката. Това тълкуване е съответно и на използването на понятието "съществени промени в условията на поръчката" в рамките на Закона за обществените поръчки и в частност тогава, когато възложителят, с оглед на чл. 110, ал. 1, т. 9 ЗОП, е длъжен да я прекрати. В тази хипотеза, съществените промени са такива, че биха довели до промяна на кръга на заинтересованите лица. Следователно, семантичното, системното и логическо тълкуване водят до общия извод, че тогава, когато условията на поръчката са изменени по начин, който не води до

промяна на кръга на заинтересованите лица, а само до необходимост от промяна на офертата на участниците, за възложителя е налице задължение за удължаване на срока, но тогава, когато измененията водят до промяна на кръга на заинтересованите лица за възложителя е налице задължение за прекратяване на процедурата на основание чл. 110, ал. 1, т. 9 ЗОП.

Извършената от жалбоподателя промяна в размера и въобще във възможността за получаване на част от аванса, тъй като получаването му е поставено под условие, както и промяна в минималните техническите характеристики на 18-те броя „Маршрутизатор - тип 2“, предмет на обществената поръчка, води до необходимост от промяна на офертите на участниците. Променените изисквания имат потенциала да наложат промяна на офертата. Едната е пряко свързана с характеристиките на търсеното оборудване и като изискванията към тях са променени, то това би се отразило на цената, а тя е основен критерий за възлагане. Другата също оказва влияние и води до промяна в офертата, тъй като размера на средствата по аванса, момента на получаването му и въобще настъпването на условията, които ще позволят да бъде получен оказват съществено влияние на всеки потенциален участник в подготовката на техническото му предложение, т.е. в офертата си да определи последователността на изпълнението на дейностите по обществената поръчка в зависимост от размера на средствата, които се очаква да получи в аванс. Предвид всичко изложено, може да се направи обоснован извод, че направените от бенефициента изменения са съществени и осъществяват състава на нарушение на чл. 100, ал. 7, т. 1 от ЗОП.

Законосъобразна е констатацията на Р. на ОП „НОИР“, че ограничаване на възможността да бъдат получени повече оферти чрез липсата на удължаване на обявения срок за получаването им води до ограничаване на конкуренцията, респективно до нарушаване на принципа на свободна конкуренция, прокламиран в чл.2 ал.1 т.2 от ЗОП.

Неспазването на правилата на ЗОП съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд.

Съдът намира, че цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав по т.4.2 „Липса на удължаване на обявените срокове за получаване на оферти или заявления за участие при съществени изменения в условията на обявената обществена поръчка“, която обхваща именно липсата на удължаване на сроковете, когато са направени съществени изменения на условията по обществената поръчка от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ / приложима в конкретния случай/.

Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение.

Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица нанасянето на вреда", сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В настоящия случай е налице нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки, произтичащо от бездействие на възложителя – възложителят на обществената поръчка не е удължил нормативно установения срок за получаване на оферти, предвиден в случаите на внесени съществени изменения в условията по обявената обществена поръчка, които налагат промяна в офертите на участниците, като новият срок съгласно чл.100 ал.7 т.1 от ЗОП не може да бъде по-кратък от първоначално определеният, което ограничава възможността на икономическите оператори да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка и/или водят до разубеждаване на потенциалните участници от участие в процедурата, т.е. имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Правилно административният орган е приложил пропорционалният метод, като се е обосновал за това / лист 21 от номерацията на административния акт/ . Съгласно чл. 3 ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалният метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (какъвто е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно. В чл.5 ал.3 от Наредбата за посочване на нередности е предвидено, че „при прилагане на пропорционалният метод изчисляването на финансовата корекция се извършва, като процентния показател, посочен в Приложение № 1 се отнася към сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи. Засегнат от констатираното нарушение по ЗОП е разходът по целия договор и УО правилно е отнесъл процентния показател в размер 10 на сто към стойността на сключения договор с „Еволинк“ АД.

Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, затова че основата на финансовата корекция е определена неправилно. Видно от представените писмени доказателства, финансовата основа е определена върху максималната стойност по договор № 80-09-248/21.12.2020г. с изпълнител „Еволинк“ АД с размер 634 902 лева с ДДС, финансовата корекция представлява 10% от посочената цена на договора. Допуснатото от страна на жалбоподателя нарушение засяга обществената поръчка в цялост.

Жалбоподателят не изложи аргументи, защо основата на финансовата корекция, следва да бъде ограничена единствено до стойността на доставката за мрежово оборудване, след като в предмета на поръчката са включени и други дейности, които са обвързани с оборудването, което трябва да бъде доставено. В случая потенциалните участници следва да подадат оферти по цялата обществена поръчка, тъй като последната не е разделена на обособени позиции.

Предвид това засегнат от нарушението е целият допустим разход по договора. С оглед на гореизложеното са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕФСУ / в приложимата му редакция/ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г.,

Предвид всичко изложено, съдът намира, че оспореният административен акт е законосъобразен, издаден от компетентен орган, в определената от закона форма, при липса на допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, в съответствие с материалните разпоредби и с целта на ЗУСЕФСУ.

С оглед изхода на спора заявеното от ответника искане за разноски - присъждане на юрисконсултско възнаграждение е основателно.

Съдът следва да осъди СУ „Св.К. О.“ да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ – юридическото лице, в чиято структура се намира органа –ответник, направените по делото разноски, а именно – юрисконсултско възнаграждение, определено съобразно разпоредбата на чл.78 ал.8 от ГПК във връзка с чл.37 ал.1 от Закона за правната помощ във връзка с чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, субсидиарно приложими на основание чл.144 от АПК в размер на 200 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 61-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Софийски университет "Св. К. О.", представляван от проф. д.н. А. Г. – Ректор, чрез процесуалния представител- адв.З. О., с адрес [населено място], [улица], ап.1 срещу Решение № 0401-51/23.09.2022г.на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, с което по отношение на С. университет „Св.К. О.“ е определена финансова корекция в размер на 10 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор №80-09-248/21.12.2020 г. с изпълнител „Еволинк“ АД на стойност 529 085,00 лева без ДДС и 634 902,00 лева с ДДС.

ОСЪЖДА Софийски университет "Св. К. О.", представляван от проф. д. н. А. Г. да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ сумата от 200 /двеста / лева за разноски по делото.

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

СЪДИЯ: