

# РЕШЕНИЕ

№ 5315

гр. София, 03.09.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,**  
в публично заседание на 03.06.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Атанас Николов**

при участието на секретаря Ирена Йорданова и при участието на прокурора Емил Георгиев, като разгледа дело номер **1623** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба от Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ при Б., срещу Решение № 01-1/27.01.21г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по договор № ЗОП 2019-05-31/31.05.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 975 000 лева без ДДС. Като основание за незаконосъобразност на оспореното решение в жалбата се сочи неспазване на установената форма поради липса на мотиви, съществени нарушения на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправните разпоредби и с целта на закона. Жалбоподателят поддържа, че не е налице нередност и няма основание за налагане на финансовата корекция. Изразява несъгласие с констатациите за извършени нарушения при възлагането на обществената поръчка и развива подробни доводи в подкрепа на тезата си. Иска се отмяна на решението в неговата цялост.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юриск. Ц., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разности.

Ответникът – изпълнителният директор на ИА НОИР и ръководител на УО по ОП НОИР, чрез процесуален представител, оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Подробни доводи излага в писмен отговор. Моли жалбата да бъде отхвърлена и претендира юрисконсултско възнаграждение.

От фактическа страна.

Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ е водеща организация - бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 BG05M2OP001-1.002-006 за проект „Изграждане и развитие на Център за компетентност „Квантова комуникация, интелигентни системи за сигурност и управление на риска (Q).“

В качеството си на възложител Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ е провел открита процедура по реда на ЗОП с предмет „Доставка на специализирано оборудване за изграждане на платформи за квантова комуникация за нуждите на ЦК Q. на територията на И.-Б., по две обособени позиции“. В резултат на това е сключен договор No ЗОП 2019-05-31/31.05.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 975 000 лева без ДДС.

При извършена проверка на възложената обществена поръчка и сключения договор, УО е констатирал нарушения, изразяващо се в това, че е определен за изпълнител кандидат или участник, който не отговаря на критериите за подбор, което е квалифицирано като нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Установено е в хода на проверката извършвана от УО, че в заложените изисквания от възложителя, участниците, следва да разполагат с ръководител на екип, ръководил поне една доставка, монтаж и тестване на специализирано оборудване за лабораторна и/или научна дейност и едно обучение за правилното му експлоатация за последните три години. При подаване на офертите, изпълнението на това изискване е следвало да бъде удостоверено с попълване на информация за това в част IV, наименована “Критерии за подбор”, раздел “В”, “технически и професионални способности” от ЕЕДОП.

При проверката на документацията по поръчката УО установил, че по отношение на участника [фирма] в част IV, наименована “Критерии за подбор”, раздел “В”, “технически и професионални способности” от ЕЕДОП за отговорно за контрола на качеството техническо лице не са налице вписвания. За ръководител на екипа е предложен П.Г., като според УО в представения във връзка с това документо т участника, липсват информация относно извършено обучение по повод доставката, съобразно предварително заложените критерии. Имайки предвид тези констатации, УО е сключил, че по отношение на П.Г. не е налице опит през последните 3 години в съответната област, а от там сключения с [фирма] договор е в нарушение на ЗОП и по конкретно - чл.104, ал.4 ЗОП и чл.107, т.1 ЗОП, което обосновава налагане на финансова корекция.

На следващо място, УО установил при проверката, че възложителя не е удължил първоначално определенния с обявлението за поръчката срок за получаване на оферти, независимо, че в хода на проверката е изменил и допълнил информацията към потенциалните участници в ОП, като е установил изискването участниците по

обособена позиция №1 да имат реализиран минимален общ оборот/минимален общ оборот в сферата на поръчката, не по-малко от 1 млн. лв., през последните три приключени финансови години, в зависимост от датата на която участника е създаден или започнал дейността си.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ Ръководителят на УО на НОИР е дал възможност на бенефициента да представи своите възражения по основателността и размера на финансовата корекция, като е изпратил чрез ИСУН писмо за стартиране на процедура по налагане на финансова корекция.

В законоустановения срок бенефициентът е представил възражение срещу направените констатации, прието за неоснователно.

В резултата на изложеното е издадено Решение № 01-1/27.01.21г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по договор № ЗОП 2019-05-31/31.05.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 975 000 лева без ДДС.

От правна страна.

Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от чл.6, т.1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" изпълнителният директор е ръководител на УО на НОИР. С оглед на 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 – жалбоподателят е бил уведомен за констатираното нарушение и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. Бенефициерът е упражнил това си право и възраженията му са обсъдени от административния орган. Неоснователни са оплакванията в жалбата, че административният орган не е изпълнил задължението си по чл.35 от АПК и не е обсъдил възраженията на бенефициера. Противно на твърденията в жалбата, съдът счита, че това си задължение административният орган е изпълнил надлежно, като детайлно и подробно е обсъдил възраженията на бенефициера и е изложил конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни.

Несъстоятелни са твърденията за немотивираност на оспореното решение. Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, като са изложени ясно и конкретно изводите, основани на фактическите констатации, и е направен анализ на разпоредбите, на които административният орган се е позовал.

Като правно основание за налагане на финансовата корекция административният орган е посочил чл.70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕСИФ - друга нередност, съставляваща

нарушение на приложимото право на Европейския съюз 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. В настоящия случай административният орган е направил констатация за извършено нарушение на разпоредбите на чл.104, ал.4 ЗОП и чл.107, т.1 ЗОП, както и на чл.100, ал.7, т.1 ЗОП, което е квалифицирал като нередност по т.14 от Приложение No 1 от Наредбата за посочване на нередности.

По първото нарушение по чл.100, ал.7, т.1 ЗОП.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 елементите на фактическия състав на нередността са: 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 И. по роботика „Св. апостол и евангелист М.“ при Б. има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент №1303/2013, т. к. участва в усвояването на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, институтът е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Спорен е въпросът дали И. като възложител по обществената поръчка е нарушил с действията си - изменение на техническата спецификация по обособена позиция 1, изискванията на чл. 100, ал. 7, т. 1 ЗОП.

Няма спор между страните, че институтът е изменил и допълнил информацията към потенциалните участници в ОП, като е установил изискването участниците по обособена позиция №1 да имат реализиран минимален общ оборот/минимален общ оборот в сферата на поръчката, не по-малко от 1 млн. лв., през последните три приключени финансови години, в зависимост от датата на която участника е създаден или започнал дейността си. Не се спори в какво се състои изменението, нито че не е удължен срока за подаване на оферти.

Смисълът на чл. 100, ал. 1 ЗОП е да се създаде възможност на възложителя да отстрани допуснати несъответствия или неточности в условията на процедурата, посочени в обявлението или в документацията. Следователно, това е право на възложителя, което не може да му бъде отречено, но то следва да бъде упражнено при зачитане на принципите на закона - равнопоставеност, свободна конкуренция, публичност и прозрачност и спазване на определените изисквания и срокове. Законодателят изрично е задължил възложителя да удължи сроковете за получаване на оферти – чл. 100, ал. 7, т. 1 ЗОП, когато измененията са такива, че водят до съществена промяна в условията на поръчката, които налагат промяна в офертите на участниците.

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. Но промяната трябва да бъде такава, че да налага само и единствено промяна на офертите на участниците. Изводът се подкрепя и от системното и логическо тълкуване на целия чл. 100 ЗОП, който в алинея 10 изрично определя границите на преценката за съществеността на промяната, а именно - необходимостта от запазване на кръга на заинтересованите лица. Следователно, съществените изменения в условията на поръчката, когато налагат промяна на офертата, не трябва да водят и до промяна на кръга от заинтересовани от поръчката лица. Доколкото е изключително трудно чрез нормативно правило да се определи кога е налице промяна в кръга на заинтересованите лица, законодателят не е дал нормативно установено правило, поради което 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.

Целта на законодателя е чрез възможностите на чл. 100 ЗОП да не се ограничава кръга 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 т.см. РЕШЕНИЕ № 10201 от 24.07.2020 по адм.д. № 4038/20г. На ВАС.

Отнесени към фактите по-делото горните изисквания сочат, че извършената от бенефициера промяна в минималните техническите спецификации на оборудването, предмет на обособена позиция 1 на обществената поръчка, води до необходимост от промяна на офертите на участниците. Промененото изискване има потенциала да наложи промяна на офертата, защото е пряко свързано със стесняване кръга от потенциалните участници. Следователно, направените от бенефициера изменения са съществени и осъществяват състава на нарушение на чл. 100, ал. 7, т. 1 ЗОП. Като е достигнал до същите изводи УО е постановил правилно решение, съответно на закона

и събраните в хода на процедурата по проверка доказателства.

По второто нарушение по чл.107, ал.1 ЗОП.

Действително, както твърди в мотивите на оспорения акт и поддържа в хода на съдебното дирене, представителя на УО според чл.104, ал.5 от ЗОП при разглеждане на офертите, когато е необходимо, се допуска извършване на проверки по заявените от участниците данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица. В същия смисъл е и разпоредбата на чл.54, ал.13 от ППЗОП. Следва да се има предвид, че при тази законова регламентация помощната комисия на възложителя може да извърши проверка на заявените от участника данни в представения от него ЕЕДОП, но това нейно правомощие е в оперативна самостоятелност на оценителната комисия, поради което нейна е преценката дали да изиска допълнителни доказателства относно съответствието на заявените данни от възложителя с изискванията за подбор.

Същевременно, според чл.107, т.1 от ЗОП, освен на основанията по чл.54 и чл.55 от ЗОП, възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор. В случая се установява, че в подадената от участника [фирма] документация за участие в ОП, в част IV, наименована "критерии за подбор", раздел "B", "технически и професионални способности" от ЕЕДОП за отговорно за контрола на качеството техническо лице е предложен П.А.Г., който е дипломиран инженер-физик, но не е декларирано от страна на възложителя, че същия отговаря на предварително заложените критерии от възложителя, относно наличие на опит, за последните 3 години, в областта на обучение и доставка на лабораторно оборудване за научна дейност. От представените към преписката документи това обстоятелство не се установява. Не са представени като приложения и приемо-предавателни протоколи относно твърдяните факти на доставката, които с оглед задълженията на изпълнителя, същия е следвало да представи още на този етап от поръчката.

Съгласно чл. 107, т. 1 ЗОП възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията. Следователно, в случая е било налице основание за отстраняване заради несъответствия, но вместо това този участник е определен за изпълнител, макар неговото предложение да не отговаря на предварително зададените от възложителя критерии. Допускането на участник, който не отговаря на критериите, поставени от възложителя за избирането му за изпълнител, безспорно представлява нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП, както е приел УО. Ето защо правилно УО е определил в оспореното решение, че са налице нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 107, т. 1 ЗОП. Нарушенията засягат договор, сключен по проведената обществена поръчка. Органът законосъобразно е подвел нарушенията като нередности по т. 14 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като за изпълнител е определен участник, който не отговаря на поставените от възложителя критерии за подбор.

Във връзка с възражението на жалбоподателя свързано с приложимата редакция на Наредбата за определяне на нередности, с посл. Изм. ДВ бр.67 от 23.08.2019г., съдът намира следното.

Финансовата корекция е административна мярка по смисъла на член 4 от Регламент

(ЕО, Е.) №2899/95 на Съвета от 18 декември 1995 година за защитата на финансовите интереси на Европейските общности (Регламент №2988/95) и тя се определя по основание и размер (чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ) съгласно приложимите разпоредби, действащи към момента на откриване на нарушението. В този смисъл финансовата корекция не е административна санкция и за нея не се прилага принципа за по-благоприятния за нарушителя закон.

Процесната нередност е установена след влизане в сила на изменението на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн ДВ бр. 67/2019 г. в сила от 23.08.2019 г.)

Следователно, доводите на оспорващия за неприложимост на Наредбата спрямо нарушението на правилата за обществени поръчки, класифицирано като нередност са неоснователни.

Към релевантния момент за нередността по т. 14 финансовата корекция е в размер на 25%. По отношение договорите, засегнати и от нередността по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата, спазвайки принципа за некумулиране, заложен в чл. 7 от Наредбата, е определил обща финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договорите, сключени по двата договора. Ето защо съдът намира, че правилно е определен, както размера на финансовата корекция, така и основата ѝ.

Елемент от фактическия състав на нередността е условието нередността да има или да би имала като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. В оспорения акт УО е изложил мотиви за наличието на финансово отражение на нарушенията, поради което и възражението на оспорващия в този смисъл съдът намира за неоснователно.

Крайният извод на съда е, че оспореното Решение No P01-2/28.01.2021г., издадено от Ръководителя на УО на ОП НОИР, е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

### **Относно разноските.**

При този изход на спора, следва да бъде уважена претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, като с оглед фактическа и правна сложност и извършените от процесуалния представител на ответника действия, съдът намира, че същите следва да се определят към минималния размер от 100 лв.

### **С тези мотиви, съдът**

### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ при Б. срещу Решение No 01-1/27.01.21г., издадено от Изпълнителния директор на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена на

жалбоподателя финансова корекция в размер на 25 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по договор No ЗОП 2019-05-31/31.05.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 975 000 лева без ДДС.

**ОСЪЖДА** Институт по роботика „Св. А. и Е. М.“ при Б. да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

**Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.**

**СЪДИЯ:**