

РЕШЕНИЕ

№ 3518

гр. София, 30.05.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 03.05.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **7840** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) във връзка с чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по повод на жалба вх. № 30971 от 24.08.2022 г. по описа на Административен съд – София град (АССГ) и вх. № 04-25-46 от 17.08.2022 г. по описа на Министерство на транспорта и съобщенията, подадена от Агенция „Пътна инфраструктура”, БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище [населено място], [улица], представлявана от председателя на Управителния съвет – инж. И. И., чрез процесуалния представител старши юрисконсулт А. Т. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-10 от 09.08.2022 г., издадено от Директор на дирекция „КПП“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014 – 2020 по одобрен проект № BG16M1OP001-2.001-0001 „Автомагистрала „С.“ Л. 3 – Л. 3.1., Л. 3.3 и тунел „Железница“.

С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение като неправилно и незаконосъобразно и немотивирано. В условията на евентуалност се иска намаляване размера на наложената финансова корекция от 10% на 5 %. Жалбоподателят твърди, че при налагане на корекцията органът не е посочил числово изражения на финансовата корекция, а описаната в решението фактическа обстановка е неясна, което е довело до ограничаване правото му на защита. Посочено е, че в случая не е

налице изменение на документацията към обществената поръчка, не е било необходимо прилагането на чл. 27а от ЗОП /отм./, тъй като не са поставяни нови условия към участниците в процедурата, а процесното разяснение, което е предмет на наложената финансова корекция, е издадено въз основа на принцип, заложен в чл. 16 от Закона за признаване на професионални квалификации /З./. Твърди се още, че дори и да е налице основания за налагане на финансова корекция, то липсва основания за повишаване на процентния показател при определянето ѝ. Посочва се, че УО на ОПТТИ не е изложил мотиви, според които счита, че е налице основание за повишаване на процента финансова корекция от 5% на 10%. И в тази връзка оспорващият счита, че дори и да е налице основание за налагане на финансова корекция, то липсва основание за повишаване на процентния показател при определянето ѝ, тъй като са представени в точки основанията за налагане на 10% корекция, които не се отличават с тежест, която да обосновава повишаването на предходната корекция от 5% от договора, за което органът е следвало да изложи мотиви. Изтъква се, че не са налице всички елементи от фактическия състав на „нередност“ по смисъла на Регламент на Европейския парламент и на Съвета № 1303/2013 г. във вр. с т. 8 от Приложение № 1А към чл. 2, ал. 1 от НППОИФКППОРФК по реда на ЗУСЕСИФ. В хода на съдебното производство – жалбоподателят редовно призован, се представлява от юрк. Б., който поддържа жалбата, предлага да се уважи, претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение на ответна страна.

Ответникът –ръководителят на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 г. - 2020 г., редовно призован, се представлява от държавни експерти Й. и Г., които молят жалбата да бъде отхвърлена по съображения, изложени в писмен отговор от 13.10.2022 г. и се претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение за един процесуален представител.

Представителят на Софийска градска прокуратура излага становище за основателност на жалбата.

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

Между Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 - 2020 г. към Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти“ с ЕИК:[ЕИК] е сключен Административен договор № ДОПТТИ от 24.09.2015 г. /л. 389 и сл./ за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, съфинансирани от Европейския фонд за регионално развитие, европейския социален фонд, Кохезионния фонд на Европейския съюз и Европейския фонд за морско дело и рибарство за периода 2014-2020 г. за изпълнение на проект „Автомагистрала „С.“ Л. 3.1, Л. 3.3 и тунел Железница”, регистриран в ИСУН под номер BG16M1OP001-2.001-0001.

На 7 април 2016 г. е приет Указ № 96 от Народното събрание за изменение на Закона за пътищата, за прекратяване дейността на Национална компания „Стратегически инфраструктурни проекти” (НКСИП). Изменението влиза в сила с публикувано му на 15 април 2016 г. в бр. 30 на Държавен вестник. В резултат на това всички дейности на НКСИП преминават към А., като правата и задълженията на Възложител по Договорното споразумение се прехвърлят на правоприменика А..

В изпълнение на част от дейностите по проекта е сключен Договор № 137 от 25.09.2015 г. (л. 222) с изпълнител – Консорциум „С. Л. 3.3“ на стойност 234 123 012, 00 лв. без ДДС или 280 947 614, 40 лева с ДДС.

С писмо № 07-00-253/27.05.2022 г. на УО е представена информация от проведена одитна мисия на Европейската комисия, касаеща преглед на работата на одитния орган ИА „ОСЕС“.

В резултат на извършената проверка от одиторите на комисията на ограничена процедура по ЗОП за строителство с предмет: „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ Л. 3.3“, сключен договор № 137 от 25.09.2015 г., с изпълнител Консорциум „С. Л. 3.3“, на стойност 234 123 012,00 лв. без ДДС по проект BG16M10P001-2.001-0001 „Автомагистрала „С.“ Л. 3 - Л. 3.1., Л. 3.3 и тунел „Железница“, е констатирано нарушение на Закона за обществените поръчки, за което одитния орган не е предложил финансова корекция.

В хода на проверката е констатирано, че е налице нарушение на Закона за обществените поръчки, което се изразява в незаконосъобразно изменение на документацията за обществена поръчка в разрез с разпоредбата на чл. 29, ал. 1 от ЗОП /отм./, съгласно който лицата могат да поискат писмено от възложителя разяснения по документацията за участие до изтичането на срока за нейното закупуване, а разясненията възложителят няма право да допълва, да изменя, да отменя изискванията от документацията за участие.

Установено е, че в случая съгласно Раздел III.2.3 от обявлението и Раздел II, т. 27, б. „и“ /л. 70 по делото/ от документацията за участие, всеки кандидат трябва да разполага с екип за изпълнение на поръчката (ръководен и технически персонал), включващ специалисти с позиции, квалификация и професионален опит, както следва: допълнителен проектантски екип, включващ като минимум следния брой експерти, притежаващи пълна проектантска правоспособност и опит в изпълнението на проекти за проектиране и строителство на пътища и автомагистрала, най-малко 3 години:

- в областта на проектирането на пътища - най-малко 2 лица;
- в областта на проектирането на пътни съоръжения - най-малко 2 лица;
- в областта на геоложките проучвания - най-малко 1 лице.

В разяснение с изх. № ОП-26-ОТ-007/02.10.2014 г. /л. 220/ възложителят - Агенция „Пътна инфраструктура“ е посочил, че ако експертите, включени в допълнителния проектантски екип на кандидата са чуждестранни физически лица и притежават пълна проектантска правоспособност, съгласно законодателството на държавата, в която са установени, е необходимо да бъдат вписани в регистъра на К. на инженерите в инвестиционното проектиране (К.).

Прието е, че с посоченото разяснение възложителят е въвел изискване относно част от екипа от експерти, което не е посочено в документацията за участие и изменението засяга един от критериите за подбор и такъв тип промяна е следвало да бъде направена по реда на чл. 27е, ал. 1-6 от ЗОП (отм.), а не чрез разяснения по чл. 29 от ЗОП (отм.), както и че нарушението представлява нередност по т.8 от Приложение № 1А към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ (Наредба за нередности).

Жалбоподателят е уведомен за констатираното нарушение с писмо изх. № 04-25-46/22.06.2022 г. на Ръководителя на УО със срок да бъдат представени възражения, който се е възползвал от това си право и с писмо с изх. №

04-25-46/01.07.2022 г. са представени възражения по основателността и размер на финансовата корекция.

С Решение за определяне на финансова корекция № ФК-10 от 09.08.2022 г. /лист 33/ на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и във връзка с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, за констатирано нарушение по т. 8 от Приложение № 1А от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, в тежест на А. е наложена финансова корекция в размер на 10% от всеки допустим разход, финансиран със средства от ЕСИФ по Договор № 137 от 25.09.2015 г. с изпълнител Консорциум „С. Л. 3.3.“ с предмет „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ Л. 3.3.“. Размерът на безвъзмездната финансова помощ по горепосочения договор е 275 631 576.72 лв.

УО е приел, че е налице нарушение по чл. 70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕСИФ, поради незаконосъобразно изменение на документация на обществена поръчка и е налице нарушение на чл. 27а, ал. 3 и 6 от ЗОП (отм.). Органът е посочил още, че е налице пропуск, който се изразява в липса на изготвено решение за изменени на ДУ, което да бъде публикувано в Регистър на обществените поръчки и не е определен нов срок за получаване на оферти – задължения, произтичащи от чл. 27а, ал. 3 и 6 от ЗОП (отм.).

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда. Както и назначената от служебно от съда ССЕ, изготвена от вещото лице Л. З., която изцяло се кредитира като всестранна, пълна и изчерпателна.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, осми състав направи следните правни изводи:

Оспореното решение е връчено на 09.08.2022 г. на жалбоподателя, видно от приетата по делото комуникация (л. 32), жалбата е подадена в срок на 17.08.2022 г. до АССГ чрез Ръководителя на УО на ОПТТИ от надлежна страна имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Съобразно разпоредбата на чл. 168, ал.1 от АПК, съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

В случая при налагане на финансовата корекция са спазени процесуалните изисквания на закона и не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да са довели до нарушаване правото на защита на дружеството-жалбоподател, а от там и до незаконосъобразност на наложената финансова корекция.

Оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, съгласно приетите по делото заповед № РД-08-201 от 05.05.2022 г. на министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал.1, т. 9 във вр. с чл. 73, ал. 1 и чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла на чл. 70, ал.1 т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: 9. 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 ЕСИФ. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено. Непосочването на такова правно основание и мотиви представлява съществено нарушение на процесуалните правила и предполага незаконосъобразност на административния акт.

В процесното решение е посочената като нарушена норма на чл. 27а, ал. 3 и 6 от Закона за обществените поръчки /отм./, което се изразява в незаконосъобразно изменение на документацията за обществена поръчка.

Нарушението е квалифицирано като нередност, разписана в т. 8 от Приложение № 1а към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели при определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата за нередовности), за което е предвидена корекция в размер на 25,10 и 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за обществена поръчка.

Решението на ръководителя на УО на ОП ОПОС за определяне на финансови корекции е издадено след като Управляващият орган е дал възможност на бенефициента за възражения по основателността и размера на предложените финансови корекции, което производство е започнало с писмо до бенефициента. В законоустановения срок бенефициентът е представил своите възражения по основателността и размера на финансовите корекции. След разглеждане и анализ на представените възражения УО не приел твърденията на бенефициента, като в мотивите на издадено решение е обсъдил представените от бенефициента възражения и е изложил подробни и обосновани аргументи за неприемане на всяко от твърденията във възражението.

В случая с разяснение с изх. № ОП-26-ОТ-007 от 02.10.2014 г. /л. 220/, издадени на осн. чл. 29, ал. 1 от ЗОП /отм./ на въпрос дали е допустимо лицата, посочени като допълнителен проектантски екип, да притежават пълна проектантска правоспособност съгласно законодателството на държавата, в която са установени, Възложителят – А. е дал следния отговор – В съответствие с разпоредбите на Закона за признаване на професионалните квалификации, в случай че експертите включени в допълнителния проектантски екип на кандидата са чуждестранни физически лица и притежават пълна проектантска правоспособност съгласно законодателството на държавата, в която са установени, е необходимо да бъдат вписани в регистъра към К. на инженерите в инвестиционното проектиране."

Съдът приема, че в действителност, както правилно е приел УО, е налице допълване на документацията за участие, като в въведено изискване по отношение на експерт от допълнителния проектантски екип, които са чуждестранни лица, да са вписани в Регистъра към К.. Така даденото разяснение, макар и същото да е направено на база принцип, заложен в чл. 16 от Закона за признаване на професионални квалификации /З./, не променя обстоятелството, че условието което се въвежда към допълнителния проектантски екип не е посочено в документацията за участие, нито в обявлението. Относно това дали лицата, включени като допълнителен проектантски екип, следва да са вписани в регистъра към К. на инженерите в инвестиционното проектиране липса изцяло като информация както в документацията, така и в процесното обявление за

поръчка. Възложителят е следвало да промени документацията като осигури достатъчен срок за подготовка на офертите, за да бъде обезпечена възможност за участие на всички заинтересовани лица, чрез предприемане на процедура по издаването на решение на осн. чл. 27а ЗОП (отм.), което в случая не е сторено. Безспорно с разяснение с изх. № ОП-26-ОТ-007 от 02.10.2014 г. /л. 220/ е въведен критерий по отношение на експерти от допълнителния проектантски екип.

Възложителят е длъжен да обяви чрез предвидения за това документ всички условия за участие, включително критериите за подбор, по начина, по който същите ще бъдат прилагани от него спрямо участниците в процедурата. Промененото чрез разяснението изискване не е обявено на заинтересованите лица по надлежен начин - чрез обявлението за оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, съответно не е обявено в профила на купувача ведно с документацията за поръчката в сроковете по ЗОП. Липсата на обявяване от своя страна е довела и до нарушаване на принципите за публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, установени в ЗОП.

Неоснователно са оплакванията в жалбата по отношение на правната квалификация на нередностите и размера на финансовата корекция.

Съдът споделя извода на УО, че констатираното нарушение на чл. 27а, ал. 3 и 6 от Закона за обществените поръчки /отм./ представлява нередност по т. 8 Приложение № 1а от Наредбата за посочване на нередности, а именно – налице е „липса на определяне в обявлението за обществена поръчка на а) критериите за подбор, и/или б) критерия за възлагане“ и „в обявлението за обществена поръчка не са посочени достатъчно подробно критериите за подбор и/или нито в обявлението за обществена поръчка, нито в документацията е посочен критерият за възлагане“.

В случая са налице всички кумулативно изискуеми елемента за определяне на нарушението като нередност. Съгласно дефиницията, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, „нередността“ съдържа три елемента: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Тук следва да бъде посочено, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение на вредата (т. 44 и 45 от Решение на СЕС от 14.07.2016 г. по дело С-406/14). Това разбиране на разпоредбата на чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя

никакво съмнение за тази възможност – „има или би имало“. Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз по повод на идентичните дефиниции на нередност в чл. 1, § 2 Регламент № 2988/1995, чл. 2, т. 7 Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти.

Установеното от УО на ОПОС нарушение осъществява състава-на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г., тъй като нарушението има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Въвеждането на съществено условие за участие, имащо отношение към поставените от възложителя критерии за подбор на участниците, което не е обявено по надлежен начин на всички заинтересовани лица, възпрепятства тяхното участие, тъй като води до невъзможност за подготовка на оферта съобразно условията в обявения срок. Не може да бъде установено точно колко лица биха могли да подадат оферта, в случай че от момента на оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, промененото условие, свързано с поставените от възложителя критерии за подбор, би било посочено в обявлението за поръчка, съответно в документацията за поръчката и тя би била публикувана надлежно в сроковете, определени по ЗОП /отм./.

В конкретния случай е проведена обществена поръчка, приключила с възлагане на дейности на избрания изпълнител, за заплащането на които се разходват средства от ЕСИФ. Възложителят е следвало да промени документацията като осигури достатъчен срок за подготовка на офертите, за да бъде обезпечена възможност за участие на всички заинтересовани лица.

Ако възложителят не беше допуснал установеното от административния орган нарушение, разходите по финансиране на дейностите биха могли да бъдат по-ниски, доколкото в случая не е обезпечена възможност за участие на всички заинтересовани лица. Липсата на конкретен изчислен размер на вредата не обосновава извод за липса на финансово отражение на нарушението върху бюджета на Общността.

За да определи размерът на корекция, органът законосъобразно е взел предвид тежестта на нарушенията, естеството и сериозността на същите и финансовото им отражение върху средствата от ЕСИФ. Спрямо констатираното нарушение и съответно на фактите по спора и нормативно определените граници на размера на процентния показател е определил за 10 % при спазване на пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата за нередовности.

Неоснователно е оплакването в жалбата, че в оспореното решение не са посочени мотиви досежно наложения размер на финансовата корекция. Такива са изрично и изчерпателно посочени. За да определи размерът на корекцията за констатираната нередност, органът

законосъобразно е взел предвид тежестта на нарушението, естеството и сериозността на същите и финансовото им отражение върху средствата от ЕСИФ. Констатираното нарушение касае критериите за подбор и задължителната информация от обявлението за обществена поръчка, не е изготвено решение за изменение на документацията, същото не е публикувано в Регистъра на обществените поръчки и не е определен нов срок за получаване на оферти, новото изискване се отнася до допълнителен екип за изпълнение на поръчката, а не до самия кандидат, поради което е налице ограничено влияние.

Тук следва да се посочи, че, в диспозитива на обжалваното решение, съдът констатира допуснатата явна техническа грешка при посочване на средствата, върху които се налага финансовата корекция. Ответникът е записал, че това са „разходи финансирани със средства от ЕСИФ“, вместо действащото „ЕФСУ“ от 01.07.2022 г. (чл.1, ал.2 от ЗУСЕФСУ). Тази грешка в изписването не представлява нарушение, което да доведе до отмяна на обжалвания административен акт, тъй като същият по съдържание и прилагане на закона е в съответствие с чл. 142 от АПК. По изложените съображения съдът намира, че оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-10 от 09.08.2022 г., издадено от Директор на дирекция „КПП“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014 – 2020 по одобрен проект № BG16M1OP001-2.001-0001 „Автомагистрала „С.“ Л. 3 – Л. 3.1., Л. 3.3 и тунел „Железница“ е законосъобразно, като издадено при спазване на процесуалните правила и материалния закон и съобразено с целта на закона, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

Предвид гореизложеното, законосъобразно за допуснатото е определена финансова корекция в размер на 10 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по Договор № 137 от 25.09.2015 г. с предмет на договора – „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ Л. 3.3“.

По изложените съображения съдът намира жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“ за неоснователна и като такава не следва да се уважава.

С оглед изхода на спора, следва да се уважи искането на ответника за присъждане на разноски по реда на чл. 78, ал. 5 от ГПК, във връзка с чл. 37, ал. 2 от Закона за правната помощ, във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ в размер от по 100 лева.

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 8 - ми състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура”, БУЛСТАТ[ЕИК], със седалище [населено място], [улица], представлявана от председателя на Управителния съвет – инж. И. И., чрез процесуалния представител старши юрисконсулт А. Т. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-10 от 09.08.2022 г., издадено от Директор на дирекция „КПП“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014 – 2020 по одобрен проект № BG16M1OP001-2.001-0001 „Автомагистрала „С.“ Л. 3 – Л. 3.1., Л. 3.3 и тунел „Железница“.

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура” да заплати на Министерство на транспорта и съобщенията сумата от 100 /сто/ лева, представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд в 14 - дневен срок от съобщението и изпращането на страните на препис от решението, че е изготвено.

СЪДИЯ: