

РЕШЕНИЕ

№ 7040

гр. София, 26.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 75 състав,
в публично заседание на 05.07.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Силвия Житарска

при участието на секретаря Наталия Дринова, като разгледа дело номер **3788** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е по реда на чл.226 от АПК във вр.чл. 27 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

С Решение № 4651/13.04.2021г. по адм.дело № 417/2021г. по описа на Върховен административен съд, е отменено Решение № 6653/23.11.2020г. по адм.дело № 1394/2020г. по описа на Административен съд София – град, образувано по жалбата на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“, представлявано от инж. К. П., в качеството му на Генерален директор, срещу Решение за определяне на финансова корекция рег. № ФК-2/14.01.2020г. по одобрен проект № BG16M1OP001-1.001-0003-C01 „Рехабилитация на железопътната линия П. – Б., Фаза 2“ и сключен договор № 6564/30.09.2019г. с предмет: „Реконструкция на стрелковото развитие на гара Зимница и рехабилитация на контактната мрежа в гарите Зимница и С.“ с изпълнител [фирма] на стойност 26 279 829,71 лева без ДДС и делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на АССГ за продължаване на производството за проверка законосъобразността на оспорения индивидуален административен акт.

Посоченото Решение на Ръководителя на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ се оспорва с доводи за незаконосъобразност, като издадено при съществено нарушение на административно-производствените правила, в противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона. Твърди се, че решението не съдържа конкретни фактически мотиви отговарящи на подведената нарушена правна норма. Според жалбоподателя в оспорваното решение

административния орган е посочил, че от възложителя ДП НК „ЖИ“ в документацията на обществената поръчка с предмет „Реконструкция на стрелковото развитие на гара Зимница и рехабилитация на контактната мрежа в гарите Зимница и С., в частност техническата спецификация на възложителя и Образец 7 „Ценово предложение“ е поставено изискване към изпълнителя за доставка на резервни части, което е нарушение на чл.21, ал.7 от ЗОП. От жалбоподателя се твърди, че тази разпоредба не е свързана със забрана при определяне на стойността на договор за строителство да не се допускат включването на доставки или услуги, които не се необходими за неговото изпълнение. Сочи се, че такава забрана съществува в чл.21, ал.17 от ЗОП.

Наред с това се излага като допуснато нарушение от страна на Ръководителя на УО цитиране на несъществуващи правни норми, тъй като в обжалваният акт се сочи, че констатираното представлява нарушение по чл.70, ал.1, т.11 от ЗУСЕСИФ, а тази разпоредба съдържа само 10 точки. УО е посочил, че на основание чл.72, ал.1 и ал.2 , и чл.3, ал.2 от Наредбата следва да се приложи диференциален метод за определяне размера на финансовата корекция, тъй като е възможно точно да бъде определена финансовата корекция. Според жалбоподателя отново се цитира от страна на адм.орган несъществуваща правна норма – чл.72, ал.1 и ал.2 от Наредбата. Дори и да се приеме, че адм.орган е пропуснал да посочи, че чл.72, ал.1 и ал.2 са от ЗУСЕСИФ, с което се обосновава определяне размера на корекцията чрез прилагане на диференциален метод, пак е налице нарушение, тъй като в правните изводи на решението вече се цитира като основание за определяне на финансовата корекция свързани с прилагането на процентен показател чл.72, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ, което според него е в противоречие с разпоредителната част на решението. Поради което за жалбоподателя размера на корекцията е неясно определен по основание и размер.

Според жалбоподателя не е налице и вреда на общия бюджет на ЕС.

Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. При предходното разглеждане на делото представят писмени бележки. Претендира присъждане на съдебни разноси в общ размер на 3 600 лева, от които 200,00 лева юрисконсултско възнаграждение, 1 700 лева внесена държавна такса за разглеждане на делото и 1 700 лева за касационно обжалване.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ инж.Г. В. - Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ при министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията, чрез процесуален представител поддържа изложеното в отговора на жалбата и в подробно писмено становище при първоначалното разглеждане на делото, в което излага доводи за неоснователност на жалбата. Моли съда да отхвърли жалбата. Претендира разноси за юрисконсултско възнаграждение за един процесуален представител.

Софийска градска прокуратура не се представлява в съдебно заседание, не изразява становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III отделение, 75-ти състав след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с

разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Безспорно е, че между Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията, чрез министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Ръководител на Управляващия орган на оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г. и жалбоподателят, като бенефициент е сключен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020г., процедура BG16M1OP001-1.001 за изпълнение на горепосоченият проект, който е публично оповестен.

В чл.2 от договора е посочено, че общата стойност на разходите по проекта е 810 018 562.65 лева; на допустимите разходи за проекта е 675 092 693.08 лева. Безвъзмездната финансова помощ е отпусната до 563 158 135,86 лева. В т.2.2.4 е договорено, че безвъзмездната финансова помощ не се отпуска за недопустими разходи по проекта на стойност 246 860 426.79 лева.

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ е провел обществена поръчка – открита процедура по ЗОП с предмет: „Реконструкция на стрелковото развитие на гара Зимница и рехабилитация на контактната мрежа в гарите Зимница и С.“.

Въз основа на така проведената обществена поръчка е сключен договор № 6564 от 30.09.2019г. с изпълнител [фирма] на стойност 26 279 829,71 без ДДС и с предмет: „Реконструкция на стрелковото развитие на гара Зимница и рехабилитация на контактната мрежа в гарите Зимница и С.“, по проект: „Рехабилитация на железопътна линия П. – Б., Фаза 2“.

Управляващият орган /УО/ е започнал процедура на основание чл. 69, ал.2 от ЗУСЕСИФ за администриране на нередност, във връзка с извършена проверка на открита процедура по ЗОП за услуга с предмет: „Реконструкция на стрелковото развитие на гара Зимница и рехабилитация на контактната мрежа в гарите Зимница и С.“. В хода на проверката е констатирано като нарушение на Закона за обществените поръчки „Включена доставка на резервни части в обществена поръчка за строителство“.

При преглед на документацията за участие в обществената поръчка е установено, че в техническата спецификация, раздел I, т. 4, възложителят е определил, че дейностите в обхвата на договора, трябва да бъдат разпределени в центрове за работа /ЦР/ и под номер 6 е записан ЦР „Резервни части, предпазни средства и съоръжения, първоначално обзавеждане и обучение“ и е поставил условие на изпълнителя, да осигурят резервни части, по списък, приложен към Образец № 7 „Ценово предложение“.

От административния орган е направен извод, че доставката на резервни части не е необходима за изпълнението на СМР, включени в предмета на поръчката, а е свързана с поддръжка по време на експлоатацията на обекта. Тя не представлява част от обхвата на определението за строителство, поради което е налице нарушение на чл. 21, ал.7 от ЗОП вр. чл. 3 ал.1 от ЗОП. Прието, че установеното нарушение представлява нередност по смисъла на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно по т.11 „използване на условия за изпълнение на поръчката, които ограничават достъпа на участници в процедурата“. Изведен е извод, че в договора с

предмет СМР се изисква доставка на резервни части, които не са необходими за изпълнението на строителството, а тази доставка би следвало да е насочена към различни икономически оператори, от тези, които осъществяват СМР. Приложен е диференциалния метод за определяне размера на финансовата корекция, тъй като е възможно точно да бъде определено финансовото отражение, което представлява пълната стойност на всички извършени разходи, свързани с изпълнение на доставката на резервните части, включени в ЦР№6.

Бенефициентът е уведомен за констатираното нарушение с писмо изх. № 10-22-724/20.11.2019г. на Ръководителя на УО, като му е даден срок от две седмици да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Жалбоподателят е депозирал възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо вх. № 10-22-724/ 05.12.2019г.

Административният орган не е приел възражението за основателно, като е посочил, че твърденията в него не се подкрепят по никакъв начин и на 14.01.2020г. е последвало издаването на Решение № ФК-2. С оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2 от 14.01.2020г. издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, за нарушение на чл.21, ал.7 във връзка с чл.3, ал.1 от ЗОП, на основание чл. 70, ал.1, т.11 във вр. с чл.73, ал.1 и чл. 72, ал.3 от ЗУСЕСИФ, за нарушение по Констатацията попадащо в т.11 от Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., като са взети предвид обстоятелствата по чл. 72, ал. 1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ, така като е описано в Констатацията, на бенефициента е определена финансова корекция в размер на 100 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнение на доставка на резервни части, включени в Център за работа № 6 по Договор № 6564/30.09.2019г. с изпълнител [фирма] и с предмет на договора: „Реконструкция на стрелковото развитие на гара Зимница и рехабилитация на контактната мрежа в гарите Зимница и С.“. Доставката на резервни части по ЦР №6 по Договор № 6564/30.09.2019г. се финансира от безвъзмездна финансова помощ и е в размер на 318 547.00 лева без ДДС. Финансовата корекция по договор № 6564/30.09.2019г. няма влияние върху размера на верифицираните от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и сертифицираните разходи към Европейската комисия.

Органът се е аргументирал, че резервните части не са задължителни елементи по време на самия строителен процес и без тях строителството би могло да се осъществи. Отделно от това в договора е предвидена възможност при 72-часовите проби, както и в периода на гаранционно обслужване при дефектирани елементи същите да бъдат подменени за сметка на изпълнителя. В тази връзка според адм.орган няма основание резервните части да се заплащат от Възложителя по ОП. Изрично посочва, че финансовата корекция обхваща само разходите, свързани с изпълнение на доставката на резервни части, не и тези по обучение на персонала, както и че само изпълнителят може да посочи какви резервни части, с какви характеристики и количества трябва да бъдат доставени, т.е. това не може да се изисква още на етапа на подготовка на документацията за участие в процедурата, каквото изискване е заложил Възложителя. При положение, че в договора разходите по извършване на 72-часовите проби са изцяло за сметка на Изпълнителя, аргументът за незабавно реагиране при повреди в

рамките на тези проби е напълно излишно и необосновано. Счита, че след като едно от задълженията на изпълнителя е разработването на технически проект, въз основа на който да се изпълни реконструкцията, то изискването доставяните елементи „... да са съвместими с изградените подсистеми на жп инфраструктура“ би означавало, че те са предназначени и за извършване на ремонти по съществуващата жп инфраструктура, а не само по посочения обект.

В заключение се изтъква, че при ОП, с предмет доставка на резервни части, изискванията към потенциалните участници биха били различни спрямо тези в настоящата поръчка, както и обема и количествата на доставка.

В мотивната част на решението е посочено, че следва на основание чл.72, ал.1 и ал.2 и чл.3, ал.2 от Наредбата да се приложи диференциалния метод на определяне на финансова корекция, тъй като е възможно точно да бъде определено финансовото отражение от извършеното нарушение – пълната стойност на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ, свързани с изпълнение на доставката за резервни части, включени в ЦР № 6.

В правните изводи, обаче е посочено, че се определя финансовата корекция на основание чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл.72, ал.3 от същия закон, за констатираното нарушение, като са взети предвид обстоятелствата по чл.72, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в предвидения срок, от лице имащо правен интерес - адресат на оспорения административен акт и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество е основателна.

Съгласно разпоредбата на чл.168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Съгласно чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл.9, ал.5, изр.II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е Министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията, който със Заповед № РД-08-415/04.10.2018г. на основание чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ, чл.25, ал.4 от Закона за администрацията, чл.16 и чл.51, ал.1, т.8 от Устройствения правилник на МТИТС, приет с Постановление № 232/2009г. на МС, т.1 б.„г“ от Решение № 792/2013г. на МС за определяне на органи, отговорни за управлението, контрола, координацията и одита на Европейските структурни и инвестиционни фондове и други инструменти и инициативи на Европейския съюз през периода 2014-2020г. е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020. на Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ при МТИТС Г. С. В. (подписала процесното решение). Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно Устройствения правилник на МТИТС и чл.9, ал.5, предложение последно от ЗУСЕСИФ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен 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 ЗУСЕСИФ. От формална страна актът не съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК.

Съдът не приема доводите на жалбоподателя, че след като административният акт е издаден извън едномесечния срок е допуснато съществено нарушение на административно-процесуалните правила, воещо до неговата отмяна. В случая срока по чл.73, ал.3 от ЗУСЕСИФ е инструктивен, а не преклузивен, поради което нарушението му не води до незаконосъобразност на акта. В тази насока съдебната практика е константна, прието е че за административните органи сроковете за произнасяне са инструктивни и с изтичането им не се преклудира предоставената от закона възможност за произнасяне, като издаденият по-късно акт е действителен и подлежи на обжалване на общо основание. За да се приеме, че даден срок е преклузивен, тези правни последици следва изрично да са разписани в закона. ЗУСЕСИФ не съдържа изрична разпоредба, която да урежда такива правни последици, поради което няма нормативно основание срокът по чл.73, ал.3 от ЗУСЕСИФ да бъде приет за преклузивен и неспазването му да се отрази на валидността на решението за определяне на финансова корекция. В този смисъл е и Тълкувателно решение №7 от 11.12.2008г. на ВАС. Не може чрез тълкуване да се обуславя теза за преклузивен характер на срок за произнасяне в хипотези, в които законодателят не е регламентирал това изрично.

Спазено е и изискването на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

От правна страна за налагане на финансовата корекция е посочен чл. 70, ал. 1, т.11 от ЗУСЕСИФ и т. 11 от Приложението 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и фондове.

Дори и да е налице нарушение от страна на жалбоподателя, дори и извода на административния орган, че резервните части като елементи, които не са задължителни по време на самия строителен процес и без тях строителството би се осъществило да е верен, според настоящия съдебен състав при издаването на обжалвания административен акт са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и същият е издаден в нарушение на материалния закон.

На първо място в мотивите на обжалваното решение административния орган говори за нарушение на чл.21, ал.7 от ЗОП във вр. с чл.3, ал.1 от ЗОП, след като е констатирал че възложителя, в лицето на жалбоподателя е включил доставка на резервни части в обществената поръчка за строителство. Според него тази доставка **не е необходима** за изпълнението на строително-монтажните работи, включена в предмета на поръчката, а е свързана с поддръжка по време на експлоатацията на обекта. Приел е, че изпълнението на доставката излиза извън обхвата за определението за строителство по чл.3, ал.1 от ЗОП.

Разпоредбата на чл.21, ал.7 от ЗОП гласи, че *при определяне прогнозната стойност на обществена поръчка за строителство в нея се включва и стойността на всички доставки и услуги, предоставени от възложителя на изпълнителя, при условие че такива са необходими за изпълнението на строителството*, за разлика от разпоредбата на чл.21, ал.17 от ЗОП, с която се забранява *при определяне стойността на договор за строителство да се допуска включването на доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение*.

В отговора на жалбата, ответника твърди, че посочената в акта норма дори и да не съдържа в себе си забрана, то тя се извежда по аргумент на противното, а именно, че не следва да се включва в стойността на поръчката доставки и услуги, които не са необходими за изпълнението на строителството. Съдът не може да се съгласи с тези доводи, тъй като в именно в чл.21 от ЗОП съществува разпоредба, която ясно и недвусмислено забранява включването на такива доставки и услуги. Така под констатацията: **Включена доставка на резервни части в обществена поръчка за строителство**, текстово е изписана разпоредбата на чл.21, ал.17 от ЗОП, като се твърди, че тази забрана се съдържа в текста

на чл.21, ал.7 от ЗОП.

Съдът, намира че това нарушение е от категорията на съществения и води до незаконосъобразност на акта. Наред със следващите по-долу констатирани нарушения акта като цяло се явява незаконосъобразен, като е нарушено правото на защита на жалбоподателя, а за съда е налице невъзможност да осъществи контрола върху него.

За да е налице съществено нарушение на процесуалните правила е необходимо адм. орган неправилно да е посочил приложимата правна норма и същата да не съответства на извършеното нарушение.

В правните изводи на административния акт се сочи, че е налице нарушение на чл.70, ал.1, т.11 от ЗУСЕСИФ, което е основание за налагане на финансова корекция. В ЗУСЕСИФ такава норма несъществува, като в чл.70, ал.1 са налице единствено от т.1 до т.10, включително. Обстоятелството, че в уводната част на Решението се сочи друга разпоредба – чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, не дава основание да се приеме, че за жалбоподателя е ясно срещу какво следва да се брани. Това, че в кореспонденцията между УО и жалбоподателя е посочена според ответника правилната правна норма – чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, не дава основание да се приеме, че жалбоподателя е следвало да извлече по метода на тълкуване какво точно е имал предвид административния орган, за да се защитава адекватно срещу всички факти и обстоятелства изложени в Решението.

Едно от най-съществения нарушения, административния орган е допуснал като в оспорваното решение е посочил, че определя размера на финансовата корекция и по двата метода. Първоначално е приел, че на основание чл.3, ал.2 от Наредбата и чл.71, ал.1 и ал.2 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция, следва да се определи по диференциалния метод, тъй като е възможно точно да бъде определено финансовото отражение. След това органа е посочил, че на основание чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ във вр. с чл.72, ал.3 от за констатираното нарушение по т.11 от приложението на чл.2, ал. от Наредбата, като са взети предвид обстоятелствата по чл.72, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ се определя финансова корекция в размер на 100 % от стойността на всички извършени разходи.

Според чл.72, ал.1 от ЗУСЕСИФ при определяне размера на финансовите корекции се отчитат естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право на Европейския

съюз и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ.

Според чл.72, ал.2 от ЗУСЕСИФ размерът на финансовата корекция трябва да е равен на реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства – допустими разходи.

Според чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи.

В случая административния орган е цитирал две взаимно изключващи се норми, поради което за съда е невъзможно да осъществи контролната си дейност. Не става ясно по кой метод и как е изчислена определената финансова корекция.

Изложеното обосновава извод за незаконосъобразност на издадения административен акт, налице са съществени нарушения, както на процесуалните правила, така и на материалния закон, поради което оспореното решение следва да бъде отменено.

По разноските.

При този изход на спора претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение следва да бъде отхвърлена, а искането на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото следва да бъде уважено на основание чл.143, ал.1 от АПК в размера, посочен в чл.78, ал.8 от ГПК, приложим съгласно чл.144 от АПК във вр. чл.37 от Закона за правната помощ и чл.25, ал.1 от Наредба за заплащането на правната помощ /обн., ДВ, бр.5 от 17.01.06 г./, като настоящият състав определя възнаграждение в размер на 200 лева, с оглед осъществения обем процесуално представителство при разглеждане на делата от АССГ. Следва да се присъдят и направените от жалбоподателя разноски за държавна такса в размер на 1700 лева и за касационни обжалване в размер на 1700 лева, които да се изплатят от ответника.

При тези мотиви, съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалбата на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“, представлявано от инж. К. П., в качеството му на Генерален директор, Решение за определяне на финансова

корекция рег. № ФК-2/14.01.2020г. на ръководителя на УО на ОПРР и Директор Дирекция .

ОСЪЖДА Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията **да заплати** на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ направените по делото разноски в общ размер на 3600 лева, от които 200 лева за юрисконсултско възнаграждение, 1700 лева за внесена държавна такса за разглеждане на делото и 1700 лева за касационни обжалване.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: