

РЕШЕНИЕ

№ 7929

гр. София, 30.12.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в публично заседание на 30.11.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **3606** по описа за **2021** 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. № 10731 от 29.03.2021г., вх. № 11309 от 01.04.2021г., вх. № 12690 от 12.04.2021г. и вх. № 12691 от 12.04.2021г. по описа на Административен съд – София град, подадена от Агенция „Пътна инфраструктура”, представлявана от Управител на Управителния съвет Г. Т., чрез гл.юрисконсулт Г. В. срещу Решение от 11.03.2021г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда” /ОПОС/ 2014 – 2020 за налагане на финансова корекция в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по сключения договор за обособена позиция 3 №РД-36-18 от 19.11.2020г., с изпълнител [фирма], на стойност 66300 лева без ДДС.

С жалбата се иска съдът да отмени обжалваното решение като неправилно и незаконосъобразно като издадено в противоречие с материалноправните разпоредби и в несъответствие с целта на закона. Излагат се доводи, че неправилно и необосновано от УО е прието, че след като един експерт е участвал като „технически правоспособно лице по част „Пътни съоръжения и координатор по ЗБУТ”, съответно „технически правоспособно лице по част „Пътни съоръжения”, то същото няма как да е изпълнявало функциите на инженер по част „Конструктивна”. Твърди се, че в конкретния случай комисията била приела при провеждането на обществената

поръчка, че предложеният от участника експерт за позицията „Инженер по част „Конструктивна” отговаря на критериите за подбор. На следващо място се посочва, че необосновани и недоказани са твърденията на УО, че експертът съобразно придобитата си специалност, няма как да притежава съответната техническа и проектантска правоспособност по част „Конструктивна”, т.к. предложеният експерт притежава необходимата правоспособност, доказано с представеното Удостоверение, издадено от К. на инженерите в инвестиционното проектиране. Посочва се, че декларирания от участника специфичен опит на инж.И. К. за позицията Инженер по част „Конструктивна” отговаря на критериите за подбор съгласно документацията за обществената поръчка. Излагат се и подробни доводи, че констатираното нарушение от страна на УО на ОПОС не представлява нередност съгласно легалната дефиниция в чл.2, т.36 на Регламент на ЕС № 1303/2013г. на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013г. Излагат се подробни съображения по съществуването на спора. В хода на съдебното производство – жалбоподателят редовно призован, се представлява от юр.к. Т., който поддържа жалбата, предлага да се уважи, претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът –ръководителят на УО на Оперативна програма „Околна среда” 2014-2020, редовно призован, се представлява от А. П., с юридическо образование, който оспорва жалбата, моли същата да бъде отхвърлена като неоснователна и недоказана, предлага да не се уважава, претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

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 „Околна среда 2014-2020г” и Агенция „Пътна инфраструктура” с Булстат [ЕИК] е сключен Административен договор № Д-34-66 от 13.07.2020г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Околна среда”, съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и Кохезионния фонд на Европейския съюз по процедура чрез директно представяне BG 16M1OP002-4.003 „превенция и противодействие на свлачищните процеси за ограничаване на риска от тях (включително по републиканска пътна мрежа” на конкретен бенефициент Агенция „Пътна инфраструктура”.

В изпълнение на част от дейностите по проекта е подготвена проектна документация за възлагане на обществена поръчка по реда на чл.18, ал.1, т.1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ с предмет „Определяне на изпълнител на консултантска услуга във връзка със строителство на четири обекта с 4 обособени позиции” ОП1-„Укрепване на свлачище на път II -53 Е. –С.-Я. при км 107+200, област С.”; ОП2 „Укрепване на свлачище на път I-8 Х.-С. от вкм 371+840 до км 372+200 област Х.”; ОП3 „Укрепване на свлачище на републикански път I-4 (Е-722) Коритна-Български извор – М. - о.п.С.-В. Т. - о.п.О. - о.п.Т.-о.п.Р. - о.п.Шумен, от км 84+624 до км 84+905 и откоса от южната му страна, област Г.” и ОП4 „Укрепване на свлачище на републикански път I-1 С.-П. от км 281+600-с.В., област С.” и са сключени в резултат на същата договор за ОП 1 № РД-36-21/04.12.2020г. с [фирма] -27860 лв. без ДДС, договор за ОП2 № РД-36-23/15.12.2020г. с [фирма]-68000 лв. без ДДС, договор за ОП3 № РД-36-18/19.11.2020г. с [фирма]-66300 лв. без ДДС и договор за ОП4 №РД-36-22/04.12.2020г. с [фирма]-55500лв. без ДДС.

Във връзка с осъществяване на последващ контрол за законосъобразност на

гореописаната обществена поръчка и сключените в резултат на нея договори по обособена позиция № 3, ръководителят на УО на ОПОС е констатирал нарушение на чл. 112, ал.1, т.2 от ЗОП, чл.64, ал.1, т.6 във връзка с чл.112, ал.2, т.2 от ЗОП, подробно описани в писмо изх. № 4-003-00100-2-136/11.02.2021г. С писмото жалбоподателя е уведомен, че при преглед на документите по преписката на обществената поръчка за обособена позиция № 3 е установено, че експерта инж.И. К., предложена за позицията Инженер по част „Конструктивна“, липсват документи, които да доказват декларираният специфичен опит, както и че нарушението представлява „нередност“ по смисъла на чл.2, ал.36 от Регламент № 1303/2013 и чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, т.к. са налице всички елементи от фактическия ѝ състав. Посочено е и, че УО на ОПОС е счел, че характерът и сериозността на нарушението обуславят налагането на финансова корекция в размер на 25% от засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране на ОПОС 2014-2020 от стойността на сключения договор за обособена позиция 3 № РД-36-18 от 19.11.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 66300 лв. без ДДС.

Жалбоподателят е подал писмено възражение изх. № 04-09-33/24.02.2021г. След получаване на писмените възражения на жалбоподателя, ръководителят на УО на ОПОС издава решение за определяне на финансова корекция от 11.03.2021 г., с което определя финансова корекция в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране на ОПОС 2014-2020 разходи, представляващи средства по смисъла на чл.1, ал.2 от ЗУСЕСИФ от стойността на сключения договор за обособена позиция 3 № РД-36-18 от 19.11.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 66300 лв. без ДДС.

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.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 8 –ми състав направи следните правни изводи:

Оспореното решение е връчено по електронен път на 11.03.2021 г. на жалбоподателя, видно от приетата по делото комуникация (л. 104-105), жалбата е подадена на 29.03.2021г. до АССГ, по пощата с пощенско клеймо от 25.03.2021г, видно от приложения плик, 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 – ОП11 от 04.02.2020 г. на министър на околната среда и водите.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и

процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

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.112, ал.1, т.2, чл.64, ал.1, т.6 във връзка с чл.112, ал.2, т.2 от ЗОП, т.к. Възложителят е сключил договор с избрания за изпълнител участник без да са изпълнени изискванията на чл. 112, ал.2, т.2, а именно, при сключване на договора не са представени документи, които доказват заложените от възложителя критерии за подбор. Нарушението е квалифицирано като нередност, разписана в т.14 от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017, аз което в условията на чл.5 от Наредбата е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 25 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране на ОПОС 2014-2020 разходи, представляващи средства пот ЕСИФ по смисъла на чл.1, ал.2 от ЗУСЕСИФ, по сключения договор за обособена позиция 3 № РД-36-18 от 19.11.2020г. с изпълнител [фирма] на стойност 66300 лв. без ДДС.

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 предложеното лице за позицията проектант по част „Инженер по част „Конструктивна”-инж.И. К., в посочените от избрания за изпълнител участник обекти, не е изпълнявала функциите на инженер по част „Конструктивна”, а съответно на техническо правоспособно физическо лице по част ”Пътни съоръжения и координатор по ЗБУТ”, техническо правоспособно физическо лице по част „Пътни съоръжения”. От данните по делото, по конкретно от Протокол Образец 16 от 28.11.2013г. и Констативен акт Образец 15 от 28.05.2018г. е видно, че инж.К. фигурира като правоспособно физическо лице по част „Пътни съоръжения и координатор по ЗБУТ“ и част „Пътни съоръжения“, а не фигурира като технически правоспособно физическо

лице по част „Конструктивна“. Същата притежава диплома за завършено висше образование степен магистър по специалност „Транспортно строителство“ с рег.№ 34747/2005, серия У.-2005, т.е. не притежава съответната техническа и проектантска правоспособност по част „Конструктивна, а притежава пълна проектантска правоспособност“ по специалност „ГСТС-транспортно строителство и транспортни съоръжения“, което обаче не е част „Конструктивна“. От Протокол Образец 16 от 28.11.2013г. и Констативен акт Образец 15 от 28.05.2018г. е видно, че по част „Конструктивна“ фигурира друго лице. С оглед гореизложеното, правилно УО на ОПОС е заключил, че възложителят е допуснал нарушение на чл.112, ал.1, т.2 от ЗОП вр. чл.64, ал.1, т.6 от ППЗОП, вследствие на сключен договор с участник, който не е представил всички необходими документи преди сключване на договора, по конкретно документи, доказващи специфичен опит на лицето, предложено за позицията „инженер по част „Конструктивна“-инж.И. К.“.

В тази връзка обоснован и съответен на приложимия материален закон е изводът на УО за наличието и на трите кумулативни елементи на понятието "нередност", а именно нарушение на националното законодателство в областта на обществените поръчки (чл. 107, т. 1 от ЗОП и чл. 61, т. 7 от ППЗОП), произтичащо от действие на възложителя – сключване на договор с изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор, което би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза. Нарушението на правото на Съюза и в частност на принципите на прозрачност, равнопоставеност и недискриминация, се явяват обективно нарушени при каквито и да било нередности, установени във връзка с проведени процедури за избор на изпълнител, в това число и нередности, свързани със сключване на договор с изпълнител, който не отговаря на предварително обявените условия на процедурата. В настоящия случай е налице финансово отражение, тъй като по договора са разходвани средства при порочно проведена процедура, за което законодателят е предвидил, че за тези категории нарушения, които имат или би могло да имат за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз се определят финансови корекции, без да е необходимо да са настъпили вредите. Установените по-горе нарушения имат финансово отражение, предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

В случая, след като комисията е избрала изпълнител, който не отговаря на изискванията на Възложителя, без да са налице основанията за това, е налице опорочена процедура, а именно: общественият интерес от участие в процедурата е засегнат, поради което се приема, че са нарушени принципите на свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, което е довело в крайна сметка и до сключване на договора с изпълнител, с който не е следвало да бъде сключван договор. Опорочената процедура и неправилен сключен договор с изпълнител, който не отговаря на изискванията на Възложителя, във всички случаи лишава възложителя от възможността да избере финансово най-изгодната за него оферта, доколкото субективният подход на комисията, при преценката дали един участник отговаря или не на предварително обявените критерии, е факт, който

обективно не може да се предположи и обоснове предварително, което от своя страна лишава и стеснява и то необосновано възможността му за избор измежду участниците, подали оферти по конкретната. Безспорно в тези случаи се касае за хипотеза, при която за бюджета на Европейския съюз, с чиито средства се финансира изпълнението на поръчката, би могло да настъпи вреда. 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. Тази потенциална възможност е налице, защото при сключване на договоране е установено, че определеният изпълнител не отговаря на предварително заложените критерии за подбор на обществената поръчка. Нарушението на правото на Съюза и в частност на принципите на прозрачност, равнопоставеност, недискриминация и свободна конкуренция, се явяват обективно нарушени при наличието на всички видове нередности, установени във връзка с проведени процедури за избор на изпълнител. Установеното нарушение има финансово отражение, пред вид законовата цел средствата от европейските фондове да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно, т.е. чрез отчитането на разход за договора за обществена поръчка, за която в процедурата по възлагането ѝ са извършени нарушения, ще се стигне до вреда на общия бюджет на Съюза.

По своята същност допуснатото нарушение представлява нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки. Недопустимо е възложителят да сключи договор с участник, който не отговаря на предварително заложените условия за изпълнение на обществената поръчка. Залагането на условията за участие в обществената поръчка има за цел да определи икономическите оператори, които имат възможностите и капацитета да изпълнят обществената поръчка. Сключването на договор с участник, който не отговаря на тези изисквания, при всички положения представлява нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки. С допускане на описаното по-горе нарушение възложителят е допуснал и нарушение на принципа на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, като е сключил договор с участник, който не отговаря на изискванията. С избора за изпълнител на участник, който не отговаря на изискванията, заложи от самия възложител, същият е допуснал нарушение, за което се предполага определяне на финансова корекция.

Нарушението представлява нередност по т. 14 "Критериите за подбор

или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно", от Приложение № 1 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. (изм. и доп.ДВ.бр. 19 от 6 март 2020 г.), а именно неправилно прилагане на критериите за подбор, поради което за изпълнител е определен участник, който не отговаря на същите. В определената хипотеза е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от засегнатите от нарушението, поискани за възстановяване, допустими разходи. В настоящия случай хипотеза за намаляване на процентния показател не е възможна, тъй като процентният размер на корекция е предварително нормативно определен на 25 %.

Предвид гореизложеното, законосъобразно за допуснатото е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия договор за обособена позиция 3 №РД-36-18 от 19.11.2020г. с изпълнител [фирма], на стойност 66300 лева без ДДС.

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“ срещу Решение от 11.03.2021г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда“ /ОПОС/ 2014 – 2020 за налагане на финансова корекция в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по сключения договор за обособена позиция 3 №РД-36-18 от 19.11.2020г., с изпълнител [фирма], на стойност 66300 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“ ЕИК[ЕИК] да заплати на Министерство на околната среда и водите юрисконсултско възнаграждение по делото в размер на 100, 00 (сто) лева.

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: