

РЕШЕНИЕ

№ 1001

гр. София, 16.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 17.11.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **12857** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.

Образувано е по жалба на „Ай Си Джи Би“ АД срещу Решение № РД-11-1522/25.11.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020, в частта, в която на дружеството е наложена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен Договор № Р-09-С/10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“ на стойност 283 301 975,80 лв. без ДДС /сума на договора, финансирана по АДПБФП без ДДС 17 602 470,00 лв. без ДДС/.

В жабата е посочено, че решението на Ръководителя на УО на ОПИК 2014-2020 е незаконосъобразно и издадено при допуснати съществени процесуални нарушения. Според жалбоподателя заложените изисквания към общ професионален опит и специфичен професионален опит на експертите от екипа на изпълнителя са съобразени със обема и стойността на обществената поръчка, както и с техническата специфика на дейностите, които ще следва да се извършат, съобразно предмета на обществената поръчка. Не е налице незаконосъобразно ограничаване на възможността за използване на капацитета на трети лица, тъй като възложителят е определил някои дейности, част от изпълнението на обществената поръчка, като особено важни за изграждането и експлоатацията на газопровода, поради което изискването тези дейности да бъдат извършени изцяло от избрания изпълнител е обосновано и

съобразено със спецификите на обществената поръчка. Моли се решението да бъде отменено.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. К., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Претендира разноски.

Ответникът - Ръководителят на УО на ОП „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020 – в съдебно заседание се представлява от юрист М., която оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение. Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

„Ай Си Джи Би“ АД е бенефициент по Административен договор за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-4.002- 0001-C01, процедура за директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-4.002 „Изграждане на междусистемна газова връзка Гърция - България“, по Оперативна програма „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020.

Извършени е последващ контрол на обществена поръчка, възложена чрез ограничена процедура по чл. 18, ал. 1, т. 2 от ЗОП, с предмет: „Проектиране, доставка и строителство на междусистемна газова връзка Гърция - България (IGB)“, и сключения договор за обществена поръчка № Р-09-С от 10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А.“ на стойност 283 301 975,80 лв. без ДДС /сума на договора, финансирана по АДПБФП без ДДС 17 602 470,00 лв. без ДДС/.

Установено е, че проект „Междусистемна газова връзка Гърция - България“ предвижда изграждане на газопровод, който ще свързва директно националните газопреносни мрежи на Република Гърция и Република България („Газопровод“ или „IGB“). Входната точка на Газопровода е в района на [населено място] (Гърция), а изходната точка - в района на [населено място] (България). IGB ще има важна стратегическа роля, а преките ефекти от изграждането му ще се изразяват в постигане на реална диверсификация на източниците на доставки на природен газ за България, за пазара на природен газ в Ю. Европа. Предвижда се IGB да бъде с диаметър на тръбата DN 800 (32") и обща дължина приблизително 182 км. Газопроводът трябва да бъде проектиран за максимален капацитет за пренос на природен газ от 5 млрд. куб.м/г., с максимално работно налягане от 75 бара и да може да работи при първоначален капацитет от приблизително 3 млрд. куб.м/г. Газопроводът следва да бъде конструиран така, че да осигурява и реверсивен поток.

Констатирани са следните нарушения:

1. На чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕФСУ – дискриминационни критерии за подбор спрямо чуждестранните икономически оператори.

- Кандидатът трябва да разполага с поне 2 лица с удостоверения за проектиране и извършване на взривни работи в съответствие с чл. 14 от Правилника за безопасността на труда при взривни работи;

- Кандидатът трябва да разполага с поне 2 лица, вписани в съответния регистър по чл. 12, т. 8 от Закона за кадастъра и имотния регистър за извършване на дейности по геодезия;

- Кандидатът трябва да разполага: За територията на РБ - Проектанти с пълна проектантска правоспособност по Глава трета от ЗКАИИП за: Част Технологична (линейни газопроводи; съоръжения; влакно-оптична съобщителна линия); Част Геодезия и....“

2. На чл. 59, ал. 2 и чл. 65, ал. 1 от ЗОП - Непропорционални изисквания относно опита на експертите: за Ръководител проект, Технически ръководител, Мениджър по здравословни и безопасни условия на труд, Мениджър доставки и Ръководител по качество се изисква наличие на: общ професионален опит от 15 години по специалността за Ръководител проект и съответно 10 години по специалността за всички останали позиции; придобит опит на сходна позиция от 10 години за Ръководител проект и съответно 5 години за Мениджър на здравословни и безопасни условия на труд и Ръководител по качеството в строителството на сухоземен газопровод и/или на съоръжения към него.

3. На чл. 59, ал. 2 и чл. 65, ал. 1 от ЗОП - Неправомерно ограничаване на ползване на капацитета на трети лица. Възложителят изрично е посочил в точка 2.1 на Приложение № 7 „Критерии за подбор“ на документацията за участие в обществената поръчка, възложителят изрично е изключил възможността кандидатите да могат да се позовават на капацитета на трети лица по отношение на следните минимални изисквания: а) изпълнено строителство на сухоземен газопровод и спирателни кранове, с диаметър на газопровода не по-малък от DN 600, с работно налягане не по-малко от 5,4 МРа и дължина не по-малка от 100 км, въведен в експлоатация или приет от възложител; б) наличие на следните технически лица, които ще изпълняват строителството: квалифицирани водачи на тръбополагащи машини; автокранисги; водачи на роторни екскаватори/засипващи машини; заварчици на тръби, сертифицирани съгласно стандарт EN ISO 9606-1 Изпит за квалификация на заварчици. Заваряване чрез стопяване. Част 1: Стомани (Qualification testing of welders - Fusion welding - Part 1: Steels (EN ISO 9606-1 including Cor 1) или еквивалентен стандарт; механошлосери; в) наличие на оборудване за провеждане на хидравлични изпитания,

4. На чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП - Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка:

- Представеното от подизпълнителя „МЕТРОН С.А“ удостоверение за данъчна информираност за доказване липсата на обстоятелството по чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП (за липса на задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс и лихвите по тях, към държавата или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен) е с изтекла валидност към датата на сключване на договора - 10.10.2019 г. Същото е валидно до 18.07.2019 г., т.е. валидността му е изтекла приблизително 3 месеца преди подписване на договора за поръчка;

- Удостоверението за липса на публични задължения и удостоверението за липса на задължения към общината по седалището на кандидата, представени от подизпълнителя „РЕВИКОНД КАНАЛТЕХ“ С. за доказване липсата на обстоятелството по т. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП (за липса на задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс и лихвите по тях, към държавата или към общината по седалището на кандидата или участника, или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен) са с изтекъл срок на валидност. Документите са с валидност, изтекла на 20.07.2019 г./14.07.2019 г., а договорът за поръчка е сключен на 10.10.2019 г., т.е. приблизително 3 месеца след изтичане

валидността на документите;

- Удостоверението за липса на публични задължения, представено от подизпълнителя „Ш. Е.“ за доказване липсата на обстоятелството по чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП (за липса на задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс и лихвите по тях, към държавата или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен), е с валидност изтекла на 20.06.2019 г., а договорът за поръчка е сключен на 10.10.2019 г., т.е. приблизително 4 месеца след изтичане валидността на документа.

- Удостоверението за информираност за публични задължения към данъчната администрация, издадено от Независимия орган по държавни приходи, представено от подизпълнителя „Л.“ ЕООД за доказване липсата на обстоятелството по чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП (за липса на задължения за данъци и задължителни осигурителни вноски по смисъла на чл. 162, ал. 2, т. 1 от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс и лихвите по тях, към държавата или аналогични задължения, установени с акт на компетентен орган, съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен), е с изтекла валидност на 18.08.2019 г., а договорът за поръчка е сключен на 10.10.2019 г., т.е. валидността му е изтекла приблизително 2 месеца преди сключване на договора.

Бенефициентът е уведомен за констатираните нарушения с Писмо с изх. № 26-А-40/07.09.2021 г., като му е дадена възможност да представи възражения. Такива са постъпили с писмо изх. № IX-12/14.09.2021 г. Направените възражения относно констатираните нарушения на чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕФСУ - дискриминационни критерии за подбор спрямо чуждестранните икономически оператори /т. 1 от Писмо с изх. № 26-А-40/07.09.2021 г./, както и на чл. 54, ал. 1, т. 3 от ЗОП - Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка /т. 4 от Писмо с изх. № 26-А-40/07.09.2021 г./, са приети от Р. за основателни, поради което за тези нарушения не е наложена финансова корекция.

Издадено е Решение № РД-11-1522/25.11.2021 г. на ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020, с което на дружеството е наложена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен Договор № Р-09-С/10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“ на стойност 283 301 975,80 лв. без ДДС /сума на договора, финансирана по АДПБФП без ДДС 17 602 470,00 лв. без ДДС/, за допуснати нарушения на чл. 59, ал. 2 от ЗОП /т. I.2 от решението/, както и на чл. 65, ал. 1 от ЗОП /т. I.3 от решението/.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, от лице, имащо правен интерес, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима. Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Предмет на оспорване в настоящото производство е Решение № РД-11-1522/25.11.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020, в частта му по т. I.2 и т. I.3.

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022

г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския 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. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконовни нормативни актове.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. По силата на чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Със Заповед № РД-16-1347/27.09.2021 г. на Министъра на икономиката, е определена И. П. – заместник-министър на икономиката, да изпълнява функциите на ръководител на управляващия орган по приоритетни оси 1, 2, 3, 4 и 6 на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020. Съдът приема, че оспорения акт е издаден от компетентен орган.

Процесното решение отговаря на изискванията на чл. 59 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Същото е издадено в законоустановената писмена форма и съдържа всички задължителни реквизити, включително фактическите и правните основания, послужили за издаването му.

В административното производство не са допуснати съществени процесуални нарушения.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Административният орган е спазил цитираното законово изискване. От бенефициента е постъпило писмено възражение, като същото е подробно обсъдено в решението на ръководителя на УО на ОПИК 2014-2020, в частта му, в която е оспорено в настоящото производство.

Съгласно 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 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. По силата на законова делегация, установена в чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ с ПМС № 57/28.03.2017 г. е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, (включително нередности, за които се извършват финансови корекции по, ал. 1, т. 9) и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 31.03.2017 г. (наричана по-долу за краткост Наредбата). Нередностите, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях, са посочени в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят „Ай си джи би“ АД участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на нередността е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на нередността, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на нередността следва да бъде доказан и обоснован от

административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на нередност по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административния орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка.

По отношение на втората кумулативна предпоставка от фактическия състав на нередността, съдът намира следното:

В процесния случай, за да определи финансова корекция ръководителят на УО на ОПИК 2014-2020 е посочил, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, като са поставени непропорционални изисквания относно опита на експертите Ръководител проект, Технически ръководител, Мениджър по здравословни и безопасни условия на труд, Мениджър доставки и Ръководител по качество, както следва: общ професионален опит от 15 години по специалността за ръководите проект и 10 години професионален опит по специалността за останалите специалисти; придобит опит на сходна позиция от 10 години за ръководител проект и 5 години за Мениджър здравословни и безопасни условия на труд и Ръководител по качеството в строителството на сухоземен газопровод и/или на съоръжения към него.

В чл. 59, ал. 2 от ЗОП е предвидена възможност възложителите да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по ЗОП, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Съгласно § 2, т. 41 от ДР на ЗОП „Професионална компетентност“ е наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения, т.е. професионална компетентност може да се натрупа и само чрез опит в областта, относима към функцията, която ще изпълнява съответният експерт. Изискванията към участниците в процедурата се определят от възложителя в рамките на неговата оперативна самостоятелност и при съобразяване с цялостната фактическа обстановка по конкретната поръчка, но оперативната самостоятелност не означава да се дерогират законовите изисквания, в случая на принципите залегнали в чл. 2 от ЗОП.

В противоречие с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП от възложителя е въведен ограничаващ критерий за подбор, като е поставено изискване за притежаван общ професионален опит от експертите Ръководител проект, Технически ръководител, Мениджър по здравословни и безопасни условия на труд, Мениджър доставки и Ръководител по качество, както и изискване за придобит опит на сходна позиция за ръководител проект и за Мениджър здравословни и безопасни условия на труд и Ръководител по качеството в строителството на сухоземен газопровод и/или на съоръжения към него, както вече беше

посочено по-горе в настоящото решение.

Законът принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната е само, ако те необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка.

В случая, поставените изисквания за общ професионален опит и придобит опит на сходна позиция от съответните експерти, с които следва да разполага изпълнителя не са обосновани с оглед дейностите и функциите, които това лице ще изпълнява в обхвата на целия предмет на поръчката, както и с оглед спецификата на обществената поръчка. Определянето на специфични критерии за подбор от страна на възложителя по отношение на професионалната компетентност на експертите следва да бъде с цел установяване на тяхната реална възможност за изпълнение на съответните дейности по обществената поръчка. Въз основа на критериите за подбор следва обективно да може да се установят професионалните способности на експертите, с които разполага изпълнителя, тъй като това е гаранция за качествено изпълнение на дейностите, свързани с предмета на обществената поръчка - „Проектиране, доставка и строителство на междусистемна газова връзка Гърция - България (1GB)".

Съдът приема за правилен изводът на ръководителя на УО на ОПИК 2014-2020, че определените изисквания относно опита на експертите, с които трябва да разполага изпълнителят, като брой години общ професионален опит и брой години придобит опит на сходна позиция, не са обвързани безспорно с установяването на възможността за изпълнение на дейностите по обществената поръчка. Посочената продължителност на професионалния опит и на опита, придобит на сходна позиция, не е обоснована от предмета на обществената поръчка. Възможно е лице, което притежава по-малък опит, да притежава нужната професионална компетентност за изпълнение на съответните експертни функции и за обезпечаване на изпълнението на предвидените дейности, свързани с предмета на обществената поръчка - „Проектиране, доставка и строителство на междусистемна газова връзка Гърция - България (1GB)". Професионалната компетентност на съответния експерт не се определя единствено от броя години общ професионален опит и от броя години опит на сходна позиция. При нейната преценка от съществено значение е съответния експерт да притежава знания, касаещи процедурата по изпълнение на съответните дейности, както и умения, придобити при изпълнение на сходни дейности, за да притежава същия нужната професионална преценка при осъществяването на конкретните дейности, които ще му бъдат възложени за изпълнение. Такива знания и умения могат да бъдат придобити и за по-кратък период от време, от този посочен от възложителя като изискване за общ професионален опит и придобит опит на сходна позиция.

По смисъла на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, поставените критерии за подбор трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на обществената поръчка. В случая няма нормативно изискуема продължителност на професионалния опит, нито за опита, придобит при изпълнението на сходни дейности, поради което изискванията за опит следва

да бъдат определени от възложителя, но при спазване на нормата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП. В случая, възложителят е допуснал посоченото в т. 1.2 от оспореното решение нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, тъй като е въвел непропорционални и необосновани изисквания относно общия професионален опит и опита, придобит на сходна позиция от експертите, с които следва да разполага изпълнителя.

Допълнителен аргумент за допуснато нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, е факта, че поставеното кумулативно изискване за общ професионален опит, както и за придобит опит в сходни дейности също е ограничителен и не е обосновано от предмета и сложността на обществената поръчка. Преценка на компетентността на съответните експерти да изпълнят дейностите по обществената поръчка не следва да бъде извършвана единствено въз основа на обстоятелството дали същите имат общ и специфичен професионален опит.

За изпълнение на заложените дейности, съобразно предмета на обществената поръчка, професионална компетентност може да има и експерт, който не притежава едновременно общ и специфичен професионален опит, а само общ професионален опит или само специфичен професионален опит в сходни дейности. Заложеното кумулативно изискване за притежаване едновременно на общ и специфичен професионален опит е необосновано. Професионалната компетентност не зависи единствено от общия и специфичния професионален опит на експерта. Възможно е лице, притежаващо само общ професионален опит или само специфичен професионален опит в сходни дейности да има капацитета и подготовката за изпълнение на конкретните дейности, ако то има необходимата квалификация и е придобило необходимите знания и умения за тяхното изпълнение. Съдът приема за правилен изводът на Р. на ОПИК 2014-2020, че така поставено кумулативно изискване е незаконосъобразно. Същото не дава възможност на участници, притежаващи експерти само с общ или само със специфичен професионален опит да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка, като необосновано ограничава кръга на участниците в нея.

В т. 1.3 от процесното решение от УО на ОПИК 2014-2020 е констатирано, че е налице нарушение и на чл. 65, ал. 1 от ЗОП – незаконосъобразно ограничаване на ползване на капацитета на трети лица.

От възложителя е въведено условие кандидатът да не се ползва от капацитета на трети лица по отношение на строителство на сухоземен газопровод и спирателни кранове, както и по отношение на наличието на определени технически лица и наличието на оборудване за провеждане на хидравлични изпитвания.

Съгласно чл. 65, ал. 1 от ЗОП, кандидатите или участниците могат за конкретната поръчка да използват капацитета на трети лица, независимо от правната връзка между тях, за доказване съответствие с критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние, техническите и професионалните способности. Позоваването на капацитета на трети лица, като техника, персонал и т. н., позволява на кандидатите или участниците да отговорят на изискванията на възложителя. В алинея трета, на цитираната

разпоредба е предвидено, че когато участникът се позовава на капацитета на трети лица, той трябва да може да докаже, че ще разполага с техните ресурси, като представи документи за поетите от третите лица задължения. Освен това, следващата алинея 4 указва, че третите лица трябва да отговарят на съответните критерии за подбор, за доказването на които кандидатът или участникът се позовава на техния капацитет и за тях да не са налице основанията за отстраняване от процедурата. Предвид факта, че нормативната уредба не дава нарочна дефиниция, кои лица следва да бъдат третирани като трети, следва да се възприеме становището, че всички ресурси, извън собствените такива, следва да бъдат възприемани като ресурси на трети лица.

Използването на капацитета на трети лица, в случая, не би било пречка за извършването на специфичните дейности, свързани с предмета на обществената поръчка, тъй като тълкуването на разпоредбата на чл. 65, ал. 1 от ЗОП, налага извода, че в хипотезата на използване на капацитета на трето лице, е възможно самият изпълнител да извършва дейността, използвайки капацитета/ресурса на трето лице, т. е. пряката отговорност за изпълнението на дейността е на изпълнителя по договора за възлагане.

В случая, възложителят изрично е посочил, че кандидатът не може да се позовава на капацитета на трети лица по отношение на определени минимални изисквания - изпълнено строителство на сухоземен газопровод и спирателни кранове с определен диаметър; наличието на определени технически лица,; наличието на оборудване за провеждане на хидравлични изпитвания.

Съдът приема, че така посочените от възложителя изисквания могат да бъдат изпълнени и чрез взаимодействие между няколко стопански субекта или на стопански субект, със съответен експерт и/или техническо лице, като това не би довело до намаляване качеството на изпълнение на заложените в обществената поръчка дейности. Възможността изпълнителят да използва капацитета на трето лице би осигурила по-качествено изпълнение на специфичните дейности по обществената поръчка, което е от съществено значение, предвид обществената значимост на нейния предмет „Проектиране, доставка и строителство на междусистемна газова връзка Гърция - България (IGB)". Като е ограничил използването на капацитета на трети лица от изпълнителя, възложителят е допуснал посоченото в т. 1.3 от оспореното решение нарушение на чл. 65, ал. 1 от ЗОП, тъй като е лишил евентуалните участници в процедурата по възлагане на обществената поръчка от възможност да докажат, че притежават необходимата кадрова и техническа обезпеченост за качествено изпълнение и реализиране на предмета на обществената поръчка. По този начин е ограничен кръгът на потенциалните участници, като не е дадена възможност за участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка на кандидати, които могат да докажат, че отговарят на критериите за подбор, като използват човешките и технически ресурси на трети лица.

Неоснователно е направеното в жалбата възражение, че според чл. 63, ал. 5 от ЗОП възложителят може да предвиди и изискване дейности от особена важност да бъдат извършвани пряко от самия участник, поради което от

възложителя в случая е използвана тази възможност. Вярно е, че изграждането на междусистемна газова връзка Гърция – България е свързано със специфични дейности на територията на двете държави. Това е валидно по отношение на всички дейности, свързани с изпълнението на обществената поръчка. Не е налице основание да бъдат въведени ограничения относно използването на капацитета на трети лица за осигуряване на технически лица, със съответната професионална компетентност в строителството, както и за осигуряване на необходимото оборудване за хидравлично изпитване. Използването на капацитета на трето лице не означава възлагане на изпълнението на дейностите на подизпълнител. Дейностите могат да бъдат изпълнение и директно от изпълнителя по сключения договор за възлагане на обществена поръчка. Възможността да използва капацитета на трети лица би помогнала на избрания изпълнител да осигури технически лица с достатъчна квалификация и опит, както и качествено техническо оборудване, с които иначе не би разполагал, с което дейностите, свързани с изпълнението на обществената поръчка биха били извършени по-качествено.

Възражението, че е извършен одит от Европейската комисия, ГД „Енергетика“, при който не са констатирани нарушения, като това обстоятелство е следвало да бъде взето предвид от Р. ОПИК 2014-2020, е неоснователно. В ЗУСЕФСУ са определени правомощията на Р. на съответната оперативна програма да налага финансови корекции с мотивирано решение. Разписаната в ЗУСЕФСУ процедура по налагане на финансова корекция в чл. 70-75 от ЗУСЕФСУ задължава Р. да извърши самостоятелна проверка на проведената процедура по възлагане на обществена поръчка, като при установени нарушения, същият действа в условията на обвързана компетентност и е длъжен да наложи финансова корекция, въз основа на резултатите от извършената проверка. ЗУСЕФСУ не предвижда възможност Р. да се позовава на фактически установявания, извършени в хода на проверки от други контролни органи.

Налице са ограничителни критерии, оказващи възпиращ ефект върху потенциалните участници. Следователно, налице са нарушения, които ограничават конкуренцията.

Констатираните нарушения представляват нередност. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. нередност е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Установеното нарушение има финансово отражение предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно. Налице е финансово отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на Европейския съюз, тъй като бенефициентът е провел процедура за избор, без да заложи критерии за равенство, обективност и прозрачност.

При определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице „доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.“ Регламент (ЕС) №

1303/2013г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да „има или би имало“ за последица нанасянето на вреда. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

Размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В случая се прилага пропорционалния метод. Съгласно чл. 5 ал. 1 от Наредбата размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалния 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 (каквото е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, са посочени в приложение 1. Видно от него, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвиден и съответен процентен показател на финансовата корекция. Съгласно чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, 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. Определеният процентен показател първо се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания.

Нередността е квалифицирана по т. 11 от Наредба за посочване на нередности - използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква б) случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор съгласно Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г., изменена с ПМС № 202 от 15 август 2019 г. Това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 5 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен Договор № Р-09-С/10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“ на стойност 283 301 975,80 лв. без ДДС /сума на договора, финансирана по АДПБФП без ДДС 17 602 470,00

лв. без ДДС/ с изпълнител „Авакс С.А“.

При наличието на съответните условия, УО е длъжен да съобрази и приложи същите при определянето на размера на финансовата корекция, т.е. тук УО действа в условията на обвързана компетентност.

С оглед изхода на спора и на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, вр. с чл. 37 от ЗПП, вр. с чл. 25, ал. 1 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 100 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 36 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Ай Си Джи Би“ АД срещу Решение № РД-11-1522/25.11.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020, в частта, в която на дружеството е наложена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани със средства от ЕСИФ по сключен Договор № Р-09-С/10.10.2019 г. с изпълнител „Авакс С.А“ на стойност 283 301 975,80 лв. без ДДС /сума на договора, финансирана по АДПБФП без ДДС 17 602 470,00 лв. без ДДС/.

ОСЪЖДА „Ай Си Джи Би“ АД, с ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], ет. 2, представлявано от изпълнителните директори Т. Г.-М. и К. К., да заплати на Министерството на икономиката сумата от 100 лв. /сто/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: