

РЕШЕНИЕ

№ 3789

гр. София, 10.07.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 51 състав,
в публично заседание на 16.06.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Анета Юргакиева

при участието на секретаря Светла Гечева, като разгледа дело номер **374** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Министерство на културата против Решение № РД-02-36-1390/11.12.2020г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР), с което на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 5 на сто върху стойността на допустимите разходи по договор № РД 11-03-15/20.05.2019г. , сключен с изпълнител [фирма], на стойност 31 155 лв.

Според жалбоподателя оспореното решение е незаконосъобразно поради неправилно прилагане на материалния закон и несъответствие с целта на закона, Конкретно се сочи, че в решението не е посочено финансовото отражение, което нарушението би имало върху средствата от ЕСИФ, като се изтъква, че само наличието на нарушение не е достатъчно за определяне на финансова корекция. Отделно жалбоподателят поддържа, че Министерството на културата като възложител правилно е законосъобразно е поставил изискване на професионален опит на водещите експерти съобразно значимостта на училищната сграда, в подкрепа на което са развити подробни съображения. Счита, че поставените изисквания са пряко свързани с предмета на поръчката, не са допуснати нарушения на принципите на ЗОП и не са поставени

ограничителни, дискриминационни или необосновано завишени изисквания. Иска се отмяна на решението. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. Н. и Н., които поддържат жалбата и молят тя да бъде уважена. Претендират юрисконсултско възнаграждение. Подробни доводи излагат в писмени бележки.

Ответникът – заместник-министърът на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на УО по ОПРР, представляван от юрк. К., оспорва жалбата, като я счита за неоснователна. Моли жалбата да бъде оставена без уважение и се претендира юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, установи следното:

Министерство на културата е бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 BG16RFOP001-3.001-0006-C04, предоставена за изпълнение на проект „Реконструкция и нова многофункционална зала на НУФИ „Ф. К.“ – [населено място]“.

В качеството си на възложител Министерство на културата е провело процедура за възлагане на обществена поръчка чрез публично състезание по реда на чл. 18, ал.1, т.12 от ЗОП с предмет „Упражняване на строителен надзор при изпълнение на строителни и монтажни работи за реализация на проект ” „Реконструкция и нова многофункционална зала на НУФИ „Ф. К.“ – [населено място], в резултат на която е сключен договор № РД 11–03-15/20.05.2019г. с изпълнител [фирма].

След осъществен предварителен контрол на процедурата за обществена поръчка е регистриран сигнал за нередност, вписан под № 1172 в Регистъра на сигналите за нередности в МРРБ. В сигнала се съдържат твърдения за нарушения, изразяващи се в поставянето на ограничителни изисквания към участниците в процедурата.

С писмо изх. № 99-00-6-848 (1) от 18.10.2019г. ръководителят на УО е уведомил Министерството на културата за регистрирането на сигнала, за твърденията в него и за становището си по тях, както и че стартира процедура за налагане на финансови корекции. С писмото е указал на бенефициера за възможността в двуседмичен срок да представи възражения и писмени доказателства. Жалбоподателят се е възползвал от предоставената възможност и е депозирал чрез ИСУН становище с възражения, приети за неоснователни.

На 11.12.2019г. Д. Н. - заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на УО на ОПРР издала процесното Решение № РД-02-36-1390, с което на Министерството на културата е определена финансова корекция в размер на 5 на сто от стойността на допустимите разходи по договор № РД 11–03-15/20.05.2019г. на стойност 31 155 лв. без ДДС, сключен с изпълнителя [фирма] на стойност 31 155 лв.

Решението за налагане на финансовата корекция е издадено при следните мотиви:

1. В обявлението и в документацията за участие възложителят е поставил изискване към ръководителя на екипа да притежава професионален опит не по-малко от 10 години и да притежава опит, свързан с упражняването на строителен надзор като ръководител или заместник.-ръководител на екип от специалисти при реализирането на услуги, включващи строителен надзор на минимум 5 обекта. За експерта на позиция „архитект“ е поставено условие за наличие на професионален опит не по-малко от 8 години и наличие на опит, свързан с упражняването на строителен надзор на минимум 3 обекта. За експерта на позиция „инженер конструктор“ е

поставено изискване за наличие на професионален опит не по-малко от 8 години и наличие на опит, свързан с упражняването на строителен надзор по част „Конструктивна“ на минимум 3 обекта.

Ръководителят на УО е приел, че поставените изисквания за продължителност на професионалния опит на посочените експерти се явяват завишени с оглед предмета, сложността и стойността на поръчката, поради което е налице съществено нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП вр. чл.59, ал.2 от ЗОП.

2.В документацията са поставени следните две изисквания към участника: ключовите специалисти от инженерно-техническия персонал задължително трябва да са включени в основния заверен списък на правоспособните физически лица, които упражняват дейността, който списък е неразделна част от лиценза/удостоверението за упражняване на дейността съгласно чл.166, ал.1, т.1 и ал. 2 от ЗУТ. Другото изискване е експертите, посочени от участника, да притежават пълна проектантска правоспособност съгласно националното им законодателство.

Според ръководителя на УО посочените изисквания са необосновани, тъй като противоречат на Наредбата за условията и реда за издаване на лицензи на консултанти за оценяване съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор, и ограничителни – в нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП.

Според ръководителя на УО и двете нарушения имат финансово отражение, тъй като е нанесена вреда на средствата от ЕСИФ, и съставляват нередности по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент /ЕС/ №1303/2013г. на Европейския парламент и на Съвета. Приел е, че нередността следва да се квалифицира по т.11, б.“б“ 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 Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата за посочване на нередности) - „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“. При определяне на финансовото влияние на нарушението и размера на корекцията УО е взел предвид, че процедурата е възложена чрез „публично състезание“ и е осигурено минимално ниво на конкуренция, като са допуснати 4 оферти, отговарящи на критериите за подбор.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

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

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед № РД-02-36-1179/26.09.2018г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството (л.25), издалата оспореното решение Д. Н. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена за ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020г. С оглед на това, процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са също изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на

административнопроизводствените правила. Видно от съдържанието на акта, в него са посочени фактическите и правни основания за издаването му, като са изложени ясно и конкретно изводите, основани на фактическите констатации, както и анализа на разпоредбите, на които административният орган се е позовал. Предоставена е на бенефициера възможност да изрази становище във връзка с твърденията за нарушения, като ръководителят на УО подробно е обсъдил възраженията му.

Неоснователни са доводите за незаконосъобразност на решението поради обстоятелството, че производството по налагане на финансова корекция е стартирало въз основа на сигнал от лице, което е външно за административния орган. Видно от писмо № 99-00-6-848/09.10.2019г., Адвокатско дружество „П., А. и партньори“ е изпълнител по договор, сключен с Управляващия орган по ОПРР 2014-2020, който включва осъществяване на предварителен контрол на процедурата. В случая сигналът е регистриран въз основа на резултатите от извършен такъв предварителен контрол, възложен на адвокатското дружество. На следващо място, видно от Наредбата за администриране на нередности по ЕСИФ, регистрирането и администрирането на сигнали е отделна и самостоятелна вътрешнослужебна процедура, която не обуславя и не предпоставя по никакъв начин образуването и развитието на производството по налагане на финансова корекция. С оглед на това регистрирането на сигнал за нередност е повод за образуване на производство за налагане на финансова корекция, но това административно действие не обвързва ръководителя на УО в преценката относно наличието на извършено нарушение, неговата квалификация и определянето на финансовата корекция. В този смисъл са неотнормирани и възраженията на жалбоподателя досежно съдържанието на сигнала и описанието на нарушението в него.

Като правно основание за налагане на финансовата корекция административният орган е посочил чл.70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕСИФ - друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. В настоящия случай административният орган е направил констатации за извършени две нарушения, които е квалифицирал като нередности по т.11, конкретизирана в хипотезата на б. „б“ от Приложение № 1от Наредбата за посочване на нередности.

В чл.2, ал. 2 от ЗОП е установена забрана възложителите да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Чл.59 от ЗОП дава възможност на възложителя да определи по отношение на кандидатите или участниците критерии за подбор, които се отнасят до годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност, икономическото и финансовото състояние и техническите и професионалните способности. Ал.2 на разпоредбата обаче ограничава възложителите да използват само критериите за подбор по този закон, 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 чл.63, ал.1 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси.

Спорният въпрос в случая е дали поставените от възложителя изисквания към ръководителя и експертите са съответни на предмета, стойността, обема и сложността на поръчката, респективно дали необосновано ограничават конкуренцията.

Правилно административният орган е посочил, че възможността и оперативната самостоятелност на възложителя да установява изисквания по отношение на екипа за изпълнение на поръчките не е неограничена. Ограничението се съдържа именно в разпоредбата на чл.2, ал.2 от ЗОП и чл.59, ал.2 от ОП. В случая предметът на поръчката е извършването на услуги по чл.166, ал.1, т.1 от ЗУТ – упражняване на строителен надзор. Видно от чл.167 от ЗУТ, за извършването на тази дейност е необходимо удостоверение, за издаването на което се изисква наетите от търговеца по трудов или друг договор физически лица да са специалисти със завършено висше образование с образователно-квалификационна степен "магистър" и да имат най-малко 5 години стаж по специалността. Следователно, установената в закона минимална продължителност на трудовия стаж по специалността на посочените лица е 5 г. и поставянето на изисквания за по-голяма продължителност на този стаж следва да е обосновано от някаква специфика или повишена сложност или обем на дейността, която е предмет на поръчката. В случая такава специфика или особена сложност не е налице. Обстоятелството, че процесната поръчка касае осъществяване на надзор върху строителни и монтажни работи на училищна сграда не е само по себе си основание да се приеме, че тази дейност е специфична или с повишена сложност. С оглед на това не е обосновано и поставянето на завишени (спрямо установените в закона - ЗУТ) изисквания към професионалния опит на лицата, които биха били ангажирани с осъществяването на дейностите по строителния надзор. От друга страна, както правилно е посочил ръководителят на УО, в много по-голяма степен релевантен за преценката на професионалните способности и опит на лицата, които практически ще осъществяват дейностите по надзора, е броят на обектите, по отношение на които същите са извършвали такива дейности. Поставянето на такова изискване е обосновано и би било напълно достатъчно, за да може да се удостовери, че кандидатът или участникът разполага с достатъчно квалифицирани и опитни в осъществяването на съответните дейности лица. Както е приел и ръководителят на УО обаче, комбинацията от двете изисквания надхвърля необходимото за преценката на професионалните и технически способности на кандидатите, респ. техните човешки ресурси, и е непропорционална от гледна точка на предмета и обема на поръчката. В този смисъл поставените изисквания, касаещи професионалната компетентност на експертите, с които следва да разполагат потенциалните кандидати, необосновано ограничават участието на стопански субекти в процедурата, което е нарушение на чл.59, ал.2 и чл.2, ал.2 от ЗОП.

В същата насока са и изводите на съда относно другото констатирано нарушение - относно изискванията, формулирани на л. 28 от документацията за участие. В. е поставил изискване ключовите експерти да са включени в основния заверен списък на правоспособните физически лица, който е неразделна част от лиценза/удостоверението за упражняване на дейността, както и да притежават пълна проектантска правоспособност.

Относно изискването ключовите експерти да са включени в основния заверен списък към удостоверението по чл.166 от ЗУТ, няма съмнение, че така формулирано, изискването предполага участникът да разполага с такива лица и те да са вписани в списъка към момента на подаване на офертата. По този начин обаче кандидатите са лишени от възможността за изпълнение на поръчката да се позоват на капацитета на трети лица (решение № 16301/29.11.2019г. по адм.д. № 8770/2019г. на ВАС), а това обективно ограничава участието в процедурата на потенциални кандидати, които към момента на подаване на офертата не разполагат със собствени експерти, включени в списъка към удостоверението по чл.166 от ЗУТ, но могат да осигурят такива съобразно възможността, предвидена в чл.65 от ЗОП.

Относно изискването към ключовите експерти да притежават пълна проектантска правоспособност, то също се явява необосновано, доколкото нормативният акт, регламентиращ изискванията и критериите за издаване на удостоверение по чл.166, ал.1, т.1 от ЗУТ - Наредбата за условията и реда за издаване на лицензи на консултанти за оценяване съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор, не установява подобно изискване. Поставянето на такова допълнително изискване не произтича от предмета, обема или сложността на поръчката и следователно се явява ограничително и в нарушение на забраната по чл.2, ал.2 от ЗОП.

Правилно административният орган е квалифицирал констатираните нарушения като нередности по т.11, б. „б“ от Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, отчитайки, че в процедурата е осигурено минимално ниво на конкуренция, като са получени повече от две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. Доколкото не може да се направи точно количествено изчисление на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, обосновано административният орган е приложил пропорционалния метод за определяне на финансовата корекция. В случая за всяко от констатираните нарушения е приложен процентния показател, предвидения за съответната категория нередност в размер 5 на сто, като при спазване принципа за некумулиране на корекцията е наложена една обща корекция в същия размер.

Крайният извод на съда е, че оспореното Решение № РД-02-36-1390/11.12.2020г. на Ръководителя на УО на ОПРР е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора следва да бъде уважена претенцията на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение за сумата от 100 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III отделение, 51-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерството на културата против Решение № РД-02-36-1390/11.12.2020г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на УО на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“, с което на Министерството на културата е наложена финансова корекция в размер на 5 на сто от стойността на допустимите

разходи по договор № РД 11–03-15/20.05.2019г., сключен с изпълнител [фирма].

ОСЪЖДА Министерство на културата да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

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

СЪДИЯ: