

РЕШЕНИЕ

№ 2184

гр. София, 01.04.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 09.12.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **7032** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано по жалба на Столична община срещу Решение № РД-02-36-674 от 29.05.2019 г. на заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 на сто върху разходите по сключения договор за обществена поръчка № BG16RFOP001-1.001-0002-C01-S-02 от 03.05.2018 г. с изпълнител [фирма]. При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгл. разпоредбата на чл. 7 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, както настоящия случай (по процесната обществена поръчка са установени нарушения представляващи незаконосъобразни критерии за подбор и критерии за възлагане, квалифицирани като нередност по регистриран сигнал: РС № 675 и е наложена финансова корекция в размер на 5%), процентът на финансови корекции не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение засягащо едни и същи

разходи, след което се определя обща корекция за нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-в приложим процент, в случая 10% (по регистриран сигнал: РС № 741 – настоящия). С оглед на което, по РС № 741 (настоящия) се налага допълнителна фина корекция от 5 % спрямо наложената вече такава: Допълнително наложената финансова корекция е в размер на: 787 722, 45 лв., с ДДС, представляваща безвъзмездна финансова помощ.

Решението се оспорва като незаконосъобразно, постановено в нарушение на материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствени правила. Жалбоподателят твърди, че оспореното решение се основава на погрешни правни изводи относно приложението на Закона за обществените поръчки (ЗОП). Оспорва се извода на Управляващия орган на програмата за допуснати от бенефициента нарушения на ЗОП.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез адв. П. поддържа жалбата по съображения, изложени в нея. Претендира присъждане на направените по делото разноски, за които представя списък.

Ответникът – Заместник министър на Регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на УО на ОП „Региони в растеж 2014-2020, чрез адв. В., оспорва жалбата и заявява искане за нейното отхвърляне, като неоснователна и недоказана. Претендира направените по делото разноски, за които представя списък. Прави възражение за прекомерност на претендирания от жалбоподателя размер на адвокатско възнаграждение.

Административен съд София - град 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 и правна страна:

Във връзка с извършена от УО проверка на цялата документация по обществена поръчка с предмет: „Изграждане, възстановяване и обновяване на публични пространства в Централна градска част на [населено място] - зона 2" в изпълнение на проект "Изграждане, възстановяване и обновяване на публични пространства в Централна градска част на [населено място]", протоколите от работата на комисията и постъпилите от участниците оферти, обективизирана и в Доклад от проверка на място от 26.11.2018 г., се установи:

Избраният изпълнител [фирма], по отношение на еластичната виброизолационна водопронепускава подложка, е предложило варианти в офертата си, а именно:

В техническото си предложение на стр. 51, част „Релсов път", същия е оферирал „Еластични подложки CDM-FSM-1.26. CDM FSM-L14", производител/доставчик „Pandrol - Б.; Еласт-строй О.". Участникът е представил и сертификат за Материал CDM-FSM-1.26 произведен от Pandrol Cdm track 1, съгласно който масата на материал с дебелина 15 мм е 7.8 кг/м², при заложене изискване от възложителя не повече от 5 кг/м² (при заложен в проекта дебелина на подложката от 20мм).

На стр. 420 и стр. 423 от техническото предложение на [фирма] отново е представена Таблица № M012 за стойности за еластичната подложка за системата „плаващи плочи "Sylomer", като е предложен материал на фирма „Getzner". Приложено е и Приложение I към декларацията за съответствие № 13128228DC от 16.05.2017 г., издадена от Getzner Wekstoffe G., съгласно която ще бъде специфично произведен и подготвен за конкретния обект материал с показатели: Маса - около 4 кг/м²; Статичен коефициент на еластичност - $C_{stat} > 0,007 \text{ n/mm}^3$; Динамичен коефициент на еластичност $C_{dyn} < 0.020 \text{ N/mm}^3$.

В протокол 2 на оценителната комисия обстоятелството, че са приложени 2 декларации за един и същ материал не е изследвано, като единствено са взети стойностите от декларацията на Getzner Wekstoffe G..

УО на ОПРР е уведомил възложителя с писмо с изх. № 99-00-6-1161/26.02.2019 г. относно твърденията в сигнала за нередност, стартирането на производство по чл. 73 от ЗУСЕСИФ и за възможността бенефициентът да представи възражение на основание чл. 73, ал. 2 от цитирания закон.

В УО на ОПРР е постъпило становище чрез ИСУН с изх. № СОА19-ДИ04-589(3)/12.03.2019 г. от бенефициента, с твърдения за липса на извършени нарушения, респективно липса на нередност.

При така изложената фактическа обстановка е издадено Решение № РД-02-36-674 от 29.05.2019 г. на заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020. С решението е установена нередност по т. 13 от Раздел II „Оценяване на предложения“, към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно допускане на участници/кандидати в процедурата“ - за нарушението незаконосъобразно избран изпълнител. Установено е нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП и чл. 107, т. 1 във вр. с чл. 53 от ЗОП (ДВ. бр.63 от 4 август 2017 г.) и е определена финансова корекция на Столична община в размер на 10% от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-1.001-0002-C01-S-02 от 03.05.2018 г. с изпълнител [фирма] на стойност 20 113 417, 39 лв. без ДДС. Тъй като веднъж е наложена финансова корекция по сигнал РС № 675 в размер на 5 %, процентът на финансови корекции не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което се определя обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент, в случая 10% (по регистриран сигнал; РС № 741 - настоящия). С оглед на което, по РС № 741 (настоящия) се наляга допълнителна финансова корекция от 5 % спрямо наложената вече такава. Допълнителната финансова корекция е в размер на 787 722, 45 лева с ДДС.

По делото с протоколно определение от 07.11.2019г. съдът е допуснал съдебно-техническа експертиза, която да даде отговор на въпросите, съдържащи се в

молбата на жалбоподателя, представена в с.з. (л.329-331 от делото). С молба от 15.11.2019г. процесуалния представител на ответника е поставил допълнителни въпроси към вещото лице, които съда счита за основателни и допустими. С определение от 12.12.2019г. съда е назначил за ВЛ Б. Д., от който е постъпил отвод на 28.01.2020г. предвид този факт съда отново е назначил ново вещо лице – Е. В. с протоколно определение от 14.05.2020г. По делото е постъпил доклад от призовкар А. Г., която докладва, че ВЛ В. е заявила, че има здравословни проблеми и не е в състояние да изпълни възложените ѝ задачи. С определение от 17.09.2020г. съда е назначил за ВЛ Р. В. Б., като по делото е постъпил доклад от призовкар, с който се заявява, че Б. отказва да бъде ВЛ по делото. В съдебни заседания са констатирани още няколко отвода от вещи лица.

С писмо с вх. № 3314 от 01.02.2021 г. от Декана на Факултет по Транспортно Строителство, У., [населено място] и Ръководителя на катедра Железници в У., [населено място], е отговорено на настоящия съдебен състав, че не са в състояние да осигурят експерт-специалист по изграждане на релсов път за извършване на съдебната експертиза.

В хода на образуваното съдебно производство по искане на жалбоподателя съдът е допуснал с определение в о.с.з на 07.11.2019 г. съдебно-техническа експертиза, която да даде отговор на въпросите, съдържащи се в молбата на жалбоподателя, представена в с.з. (л.329-331 от делото). След проведени шест съдебни заседания, отводи на вещи лица и невъзможност да се намери специалист в съответната област по релсово транспортно строителство, съгласен да изготви възложеното му експертно изследване, Съдът приема, че събирането на това доказателство представлява особена трудност, поради което и на основание чл. 158, ал. 1 от ГПК във вр. с чл. 144 от АПК се отменя назначаването на СТЕ.

Предвид установеното от фактическа страна съдът намира следното от правна страна:

Жалбата е подадена от надлежна страна, за която е налице пряк и непосредствен интерес от обжалването, в срок. Решението е връчено на 04.06.2019 г., а жалбата е подадена чрез органа с вх. № 99-00-6-1161/5/ на 14.06.2019 г. Предвид това съдът приема, че жалбата е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материално-правните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

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. (лист 44) на министъра на регионалното развитие и благоустройството, издадена на

основание чл. 9, ал. 5 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове и чл. 9, ал. 1 и 2 от Закона за финансовото управление в публичния сектор, заместник-министър Д. Н. е оправомощена да ръководи и организира дейността на Управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007-2013 и на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., включително и документите, пряко свързани с процедури по нередности. С оглед на това съдът намира, че 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.

При издаването на обжалвания административен акт не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията 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.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Спорният въпрос по делото се свежда до това дали са налице констатираните от УО нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП и чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация. В допълнение в чл. 2, ал. 2 от ЗОП е посочено, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право 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.

Правилни са доводите на УО за извършено нарушение. В методиката е одобрен показател по Таблица № МО 10, в която са определени стойностите за еластична вибрационна и водопрониклива подложка за система плаващи плочи. Заложена е стойност на маса 5 кг/м², статичен коеф. на еластичност $C_{stat} \geq 0,007 \text{ N/mm}^3$ и динамичен коеф. на еластичност $C_{dyn} \leq 0,022 \text{ N/mm}^3$. В методиката е посочено, че няма да бъдат оценявани предложения и ще бъдат предложени за отстраняване в случай, че се предложи стойност на показател за конкретния специфичен материал, която стойност е с по-лоши показатели спрямо базовата посочена.

Настоящият спор се касае до това дали изпълнителя [фирма] е предложил варианти на процесната подложка, несъответстваща на заложените изисквания.

В техническото си предложение на стр. 51, част „Релсов път“, същия е оферирал „Еластични подложки CDM-FSM-1.26. CDM FSM-L14“, производител/доставчик „Pandrol – Б.; Еласт-строй О.“. Участникът е представил и сертификат за Материал CDM-FSM-L26 произведен от Pandrol Cdm track, съгласно който масата на материал с дебелина 15 мм е 7.8 кг/м², при заложено изискване от възложителя не повече от 5 кг/м². На стр. 420 и 423 от техническото предложение на [фирма] отново е представена Таблица № MO12 за стойности за еластичната подложка за системата „плаващи плочи "Sylomer“, като е предложен материал на фирма „Getzner“. Приложено е и Приложение I към декларацията за съответствие №13128228DC от 16.05.2017 г., издадена от Getzner Wekstoffee G., съгласно която ще бъде специфично произведен и подготвен за конкретния обект материал с показатели: Маса - около 4 кг/м²; Статичен коефициент на еластичност - $C_{stat} \geq 0,007 \text{ N/mm}^3$; Динамичен коефициент на еластичност $C_{dyn} \leq 0,020 \text{ N/mm}^3$

В конкретния случай тези факти не се оспорват от жалбоподателя, но същият излага доводи, че не са налице варианти на оферта тъй, като е налице ясна воля, относно материалът, който ще използва изпълнителя.

Настоящият съдебен състав не може да сподели тези доводи, тъй като са налице две различни предложения, с различни технически характеристики. Помощният орган не е констатирал съществуващите варианти в офертата на [фирма], а е оценил с по-голям брой точки предложението му за система „плаващи плочи "Sylomer“ като надграждащо базовото изискване за маса 5 кг/м²., което представлява нарушение. Представени са два строителни продукта с различни характеристики, производител и модел.

При подадени оферти с два различни материала по една и съща техническа спецификация, участникът е следвало да бъде отстранен, тъй като не може да се поиска допълнително уточнение, което ще доведе до промяна на техническото предложение

Съгласно чл. 107, т. 1 ЗОП възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията. Следователно, в случая е било налице основание за отстраняване заради несъответствия, но вместо това този участник е определен за изпълнител. Допускането на участник, който не отговаря на критериите, поставени от възложителя за избирането му за изпълнител, безспорно представлява нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП, както е приел УО. Ето защо правилно УО е определил в оспореното решение, че са налице нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 и чл. 107, т. 1 ЗОП. Нарушенията засягат договорите, сключени по проведената обществена поръчка. Органът законосъобразно е подвел нарушенията като нередност по т. 13 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като за изпълнител е определен участник, който не отговаря на поставените от възложителя критерии за подбор.

Елемент от фактическия състав на нередността е условието нередността да има или да

би имала като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. В оспорения акт УО е изложил мотиви за наличието на финансово отражение на нарушенията, поради което и възражението на оспорващия в този смисъл съдът намира за неоснователно.

Съгласно чл. 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), са посочени в Приложение № 1. Видно от Приложението, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвидено и съответен процентен показател на финансовите корекции. С оглед на горното неоснователни са твърденията в жалбата, за липса на мотиви при опоределяне на размера на финансовата корекция.

Съдът приема, че правилно е определен размера на финансовата корекция, което е в дискреционната власт на административния орган.

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) № 1303/2013 г. 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, което в случая се доказва.

Предвид изложеното, съдът намира, че извършеното нарушение представлява 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 финансовото отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на ЕС, тъй като е налице незаконосъобразно избиране на участник в

процедурата.

Административен акт в оспорваната част е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма, при спазване на административно-производствените правила и при правилно приложение на материалния закон и неговата цел, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото вкл. адвокатско възнаграждение следва да бъде отхвърлена, а тази на ответника – да бъде уважена в размер на 150 лева, на основание чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ вр. чл.37 от Закона за правната помощ във вр. с чл. 78, ал.8 ГПК.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III отделение, 60-и състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община срещу Решение № РД-02-36-674 от 29.05.2019 г. на заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция в размер на 10 на сто върху разходите по сключения договор за обществена поръчка № BG16RFOP001-1.001-0002-C01-S-02 от 03.05.2018 г. с изпълнител [фирма]. При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съг. разпоредбата на чл. 7 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, какъвто настоящия случай (по процесната обществена поръчка са установени нарушения представляващи незаконосъобразни критерии за подбор и критерии за възлагане, квалифицирани като нередност по регистриран сигнал: РС № 675 и е наложена финансова корекция в размер на 5%), процентът на финансови корекции не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение засягащо едни и същи разходи, след което се определя обща корекция за нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-в приложим процент, в случая 10% (по регистриран сигнал: РС № 741 – настоящия). С оглед на което, по РС № 741 (настоящия) се налага допълнителна фина корекция от 5 % спрямо наложената вече такава: Допълнително наложената финансова корекция е в размер на: 787

722, 45 лв., с ДДС, представляваща безвъзмездна финансова помощ.

ОСЪЖДА Столична община да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството юрисконсултско възнаграждение в размер на 150 (сто и петдесет) лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховния административен съд на Република България в 14 – дневен срок от получаването му .

СЪДИЯ: