

РЕШЕНИЕ

№ 5530

гр. София, 05.09.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 06.07.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **10222** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/, вр. чл. 145 и следващите от АПК.

Образувано е по жалба на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи, БУЛСТАТ:[ЕИК], седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявана от Главен комисар Н. Н. - Директор, срещу Решение за определяне на финансова корекция № РД-02-14-995/17.10.2022 г., издадено от Д. Г., Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на управляващия орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г., в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 1983опд-6/29.01.2020 г., с Изпълнител „Прогрес 99“ ООД, на стойност 182 100.00 лв. без ДДС /218 520.00 лв. с ДДС/, на основание т. 11, б. „б“ /използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до участие в процедурата по възлагане на обществена поръчка/ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните им показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с Постановление на Министерски съвет на Република България /ПМС/ № 57/28.03.2017 г.

С жалбата се оспорва решението за определяне на финансова корекция, като се излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон. Твърди се, че не са налице основания за налагане на финансова корекция, тъй като не са осъществени твърдените нарушения, поради което не е налице нередност. Излагат се подробни съображения в тази насока. Във връзка с изложеното, моли Съда да постанови решение, с което да отмени оспорения акт, като неправилен и незаконосъобразен. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание, жалбоподателят редовно уведомен, не се явява, представлява се от юрисконсулт В., който моли Съда да уважи депозираната жалба по изложените в същата съображения. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответният административен орган – Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на управляващия орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г., редовно уведомен, не изпраща представител. От страна на ответника е претендирано присъждане на юрисконсултско възнаграждение в ОСЗ на 02.03.2023 г.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена не изпраща представител.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-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 от АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Не е спорно между страните по делото, а и от административната преписка се установява, че Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи /ГДПБЗН-МВР/ е бенефициер по Договор за предоставяне на национално съфинансиране по Програма за трансгранично сътрудничество И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г. /л.33-39/

След извършен последващ контрол на обществена поръчка, чрез публично състезание, проведена по реда на Закон за обществените поръчки /ЗОП/, с обект строителство и предмет: „Проектиране, авторски надзор и строителство на обект: „Преустройство и реконструкция на етаж от съществуващи сгради, и изграждане на гаражни клетки при ЦПВ – Б. при ГДПБЗН-МВР“ в изпълнение на Проект ROBG 351: „Рационализиране на съвместните действия при извънредни ситуации по програма за трансгранично сътрудничество И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г.“ и подписан Договор № 1983опд-6/29.01.2020 г. с Изпълнител - „Прогрес 99“ ООД на стойност 182 100.00 лв. без ДДС или 218 000.00 лв. с ДДС, бенефициерът е уведомен с с Писмо № 99-00-3-89/1/31.08.2022 г., че са установени нередности. /л.23-29/.

В хода на извършената проверка на възложената обществена поръчка от страна на Управляващия орган е стартирана процедура по администриране на нередност по негова инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

От страна на Управляващия орган е прието, че от страна на ГДПБЗН-МВР /бенефициер/ са поставени незаконосъобразни критерии за подбор за изпълнение на обществената поръчка, а именно: в обявлението за поръчка от страна на Възложителя е поставено изискване участникът да разполага „с персонал с определена професионална компетентност и опит за изпълнението на поръчката. При участие на

обединения, които не са юридически лица, съответствието с критерия за подбор се доказва от обединението – участник, а не от всяко от лицата, включени в него. Персоналът трябва да включва най-малко:

- Ръководител на екипа и проектант по част „Архитектурна“ – Архитект с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.;
- Проектант по част „Конструктивна“ – инженер – конструктор с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.;
- Проектант по част „В и К“ – строителен инженер с пълна проектантска правоспособност – „В и К“ – 1 бр.;
- Проектант по част „ОВК“ – инженер ОВК с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.;
- Проектант по част „Електрическа“ – електро-инженер с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.;
- Проектант по част „Пожарна безопасност“ – инженер с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.;
- Проектант с квалификация по част „П.“ – инженер, с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.;
- Проектант по част управление на отпадъците – инженер с пълна проектантска правоспособност – 1 бр.

При така установеното от страна на Управляващия орган е прието, че с така заложеното условие е поставено изискване всички проектанти да бъдат с пълна проектантска правоспособност, както и че същото е в разрез с чл. 230 от ЗУТ, съгласно която норма – инвестиционните проекти се изработват от проектанти – физически лица, притежаващи съответната техническа и проектантска правоспособност, като условията и редът на пълна проектантска правоспособност се определят със Закона за камарата на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране /ЗКАИИП/. Административният орган е акцентирал, че съгласно чл. 230, ал. 2 от ЗУТ, със ЗКАИИП се определят допустимите дейности, които могат да извършват лицата, притежаващи ограничена правоспособност, а съгласно чл. 7, ал. 3, т. 2 от ЗКАИИП, проектантите с ограничена проектантска правоспособност, вписани в регистъра на съответната камара, в съответствие с придобитата професионална квалификация могат да предоставят проектантски услуги. В тази връзка е направено позоваване на нормата на чл. 3, ал. 5 от Наредба № 2 за проектантската правоспособност на инженерите, регистрирани в К. – „проектантите с ОПП, имат право да изработват самостоятелно проекти за обекти от V и VI категория“.

С оглед вида на обекта на обществената поръчка и че същият е пета категория, от страна на административния орган е прието, че не е необходимо всички проектанти, които ще изпълняват проектирането да притежават пълна проектантска правоспособност, тъй като съгласно нормативната уредба в областта на дейностите могат да бъдат извършвани и от лица с ограничена проектантска правоспособност. Прието е, че така заложеното изискване за пълна проектантска правоспособност не кореспондира на нормативно поставеното условие, дейностите да се извършват и от лица с ограничена проектантска правоспособност. С така поставеното изискване за пълна проектантска правоспособност, от страна на административния орган е прието, че Възложителят ограничава правото на участници, разполагащи с експерти с ограничена проектантска правоспособност да участват в процедурата. Направен е извод, че така заложеното изискване е ограничаващо, като по този начин е нарушен

принципът на равнопоставеност, регламентиран в чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Отделно с оглед спецификата и сложността на дейностите, предмет на възложената обществена поръчка, е прието, че поставеният критерий за подбор е необоснован и е в нарушение на чл. 59, ал. 2, изр. второ вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Административният орган е акцентирал, че Възложителят е следвало да предвиди залагането на условие за притежавана ограничена проектантска правоспособност, което осигурява необходимата свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане до дискриминация. Заложено е изискване участникът да разполага с екип от експерти, всички с пълна проектантска правоспособност, е прието, че безспорно представлява условие, необосновано ограничаващо участието в избора на изпълнител на участници, разполагащи с лица с придобита ограничена проектантска правоспособност и по този начин е бил ограничен кръгът на участниците и че въведеното условие има възпиращо действие.

Управляващият орган е посочил още, че действително Възложителят не нарушава ЗОП, чрез посочване на изискуемата проектантска правоспособност, но същата в случая не е съобразена със специалната нормативна уредба в ЗКАИИП, поради което така заложено е изискване за пълна проектантска правоспособност необосновано е ограничило достъпа на участие на стопанските субекти, разполагащи с експертен състав с необходимата по закон квалификация. Отделно е акцентирано, че след като в ЗКАИИП, определя, че за изпълнението на дейностите, вменени на експерта, се допуска квалификацията ограничена проектантска правоспособност, то Възложителят е следвало да съобрази този факт, като не изключва възможността потенциални участници да предложат лица, притежаващи ограничена проектантска правоспособност. В тази връзка е прието, че от страна на Възложителя е извършено нарушение поради това, че поставените критерии не са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Поставянето на по-високо изискване за квалификация сравнено с нормативно заложено такова за упражняване на определена длъжност, е прието за необосновано ограничително. В мотивите е посочено още, че това ограничение води до нарушаване принципите на свободна и лоялна конкуренция, предвид разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с квалифицирани лица за функциите на посочените в документацията експерти, не изпълняват поставените от Възложителя изисквания.

В тази връзка са приети за неоснователни доводите на Възложителя възражение до Националния орган, посочено е, че същите са неоснователни, в тях липсва конкретика по отношение на констатациите на Националния орган във връзка с нормите на ЗУТ и ЗКАИИП, включително и че заложено е изискване за изпълнение на обществената поръчка са пропорционални и съобразени с нейния предмет, стойност, обем и сложност.

За неоснователно е прието искането на бенефициера, финансовата корекция да бъде определена въз основа на стойностите за дейностите – „Изготвяне на работен проект“ и „Упражняване на авторски надзор“, предвид че изискванията в критериите за подбор се отнасят единствено до тях. Прието е, че в случая е възложена обществена поръчка, с обем обхващащ изготвяне на проект, осъществяване на авторски надзор и извършване на строително-монтажни работи за обект: „Проектиране, авторски надзор и строителство за обект: Преустройство и реконструкция на етаж от съществуващи сгради, и изграждане на гаражни клетки при ЦПВ – Б. при ГДПБЗН-МВР“ и

следователно така въведените изисквания ограничават и възпрепятстват всички потенциални участници в процедурата, независимо дали те ще осъществяват проектиране и авторски надзор или строителство. Изложени са мотиви, че икономическите оператори в процедурата е поставено в зависимост от съответствието им с критериите за подбор, т.е от обстоятелството дали ще отговорят на конкретните изисквания на Възложителя, включително да притежават пълна проектантска правоспособност. Предвид това, е посочено, че засегнатите разходи от нарушението са всички разходи направени по сключения договор с избрания изпълнител, който съгласно условията на обществената поръчка ще осъществи дейностите по проектиране, строителство и авторски надзор.

Поради установеното в хода на проверката, административният орган приема, че е налице „нередност“, която по своята същност представлява нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС. Съгласно Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. „нередност“ е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопанския субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Според ответният административен орган в случая установеното нарушение има финансово отражение, доколкото е налице законова цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

Прието е за безспорно установено, че е налице финансово отражение на нарушението, респективно вреда за бюджета на ЕС предвид, че Възложителят е ограничил конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство и необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка, като е въвел неяснота по отношение на определянето на сходни с предмета на поръчката услуги. В тази връзка и с оглед установеното е счтено, че са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г.: а/ нарушение на правото на ЕС – проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона, а именно принципът на равнопоставеност по чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 2 от ЗОП – ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство, необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка, чрез въведена от Възложителя неяснота по отношение на определянето на сходни с предмета на поръчката услуги – нарушени императивни норми на ЗОП; б/ извършено чрез действие на Възложителя; в/ субект на нередността – ГДПБЗН-МВР; г/ вреда на общия бюджет на ЕС – сумата, с която би бил оцетен бюджетът на ЕС вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; д/ причинна връзка между деянието и настъпването на вредата – с посочените ограничителни критерии в обявлението, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водещи до ограничаване достъпа на кандидатите и участниците в процедурата по възлагане на обществената поръчка, в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, необосновано ограничавачи възможността за участие на стопански субекти, притежаващи ограничена проектантска правоспособност. Ограничение водещо до нарушаването на принципите на свободна и лоялна конкуренция.

Установената нередност е квалифицирана като такава 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 на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ /предишно заглавие ЗУСЕСИФ, изм. ДВ, бр. 51/2022 г./ вр. чл. 70, ал. 1, т. 9 вр. чл. 72, ал. 5 от ЗУСЕФСУ /използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване достъпа на кандидатите или на участниците до процедурата по възлагане на обществена поръчка/. Посочено е, че хипотезата е приложима, тъй като е минимално ниво на конкуренция.

Поради нарушението е наложена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 1983опд-6/29.01.2020 г., с Изпълнител „Прогрес 99“ ООД.

От представената административна преписка се установява, че с Решение за определяне на финансова корекция № РД-02-14-706/15.07.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г. в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 1983опд-6/29.01.2020 г., с Изпълнител „Прогрес 99“ ООД, на стойност 182 100.00 лв. без ДДС /218 520.00 лв. с ДДС/, на основание т. 11, б. „б“ /незаконсъобразна методика за оценка на офертите, противоречаща на основните принципи на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, в нарушение на чл. 2, ал. 2 вр. чл. 70, ал. 2, т. 3 вр. чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, използване на критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка – приложима, поради минимално ниво на конкуренция/. Това решение не е оспорено от ГДПБЗН-МВР и същото е влязло в сила /л.95,гръб/.

В хода на съдебното производство към доказателствения материал по делото с приобщиха следните писмени доказателства:

Представени от ответника:

1. С молба вх. № 18086/12.05.2023 г. в цялост административната преписка по издаване на Решение № РД-02-14-706/15.07.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г. за налагане на финансова корекция и с потвърждение за влизане в сила на същото решение, поради неговото необжалване, включително заповеди за компетентност на административния орган /л.95-211/.

Предвид установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 от АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, поради което същата е ***процесуално допустима***.

Разгледана по същество, жалбата е ***неоснователна по следните съображения***:

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

На първо място в центъра на правните отношения в системата на публичните средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) стои бюджетът на ЕС и националният бюджет. Органите в системата на публичните

средства от ЕСИФ действат при условията на обвързана компетентност. Те следва да държат сметка, че предоставянето на парични трансфери с източник от ЕСИФ е инвестиционна политика в средносрочен и дългосрочен план. Тя има за цел подобряването на конкурентоспособността на българската икономика, регионалното развитие и ускоряване на процеса на сближаване. Изразходването на средствата от ЕСИФ следва да бъде осъществявано при спазване на принципите на ефективност, публичност и прозрачност.

Съдът намира, че Решение за определяне на финансова корекция № РД-02-14-995/17.10.2022 г., е издадено от компетентен административен орган - Д. Г., Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на управляващия орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г. в съответствие с нормите на чл. 25, ал. 4 и чл. 40, ал. 6 от Закон за администрацията вр. чл. 5, ал. 4 и ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на МРРБ вр. чл. 13, ал. 1, т. 1 и чл. 14 от Наредбата за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския съюз.

В тази връзка по делото са представени Заповед № РД-02-14-789/17.08.2022 г., издадена от Министър на регионалното развитие и благоустройството, с която Д. Г., Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена да ръководи и организира дейността на Националния партниращ орган по Програма за трансгранично сътрудничество И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г. /л.65-66/ и Заповед № РД-02-14-180/14.02.2023 г., издадена от Министър на регионалното развитие и благоустройството, с която Д. Г., Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена като Управляващ орган на Оперативна програма „Регионално развитие 2007 г.-2013 г.“, Оперативна програма „Региони в растеж 2014 г.-2020 г.“ и Програма „Развитие на регионите 2021 г. – 2027 г.“ Представена е и Заповед № РД-02-14-472/13.04.2023 г. на Министър на регионалното развитие и благоустройството, с която на М. О., Директор на Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ да ръководи и организира дейността на Националния партниращ орган по Програмата за европейско териториално сътрудничество Гърция – България 2007-2013 и Оперативна програма за трансгранично сътрудничество Румъния – България 2007 – 2013 , Националния орган по Програмата И. V-A Гърция – България 2014 – 2020 и Програмата И. V-A Румъния – България 2014 – 2020 г. /л.97-98/.

Оспореният административен акт е издаден и в предвидената от закона форма, при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от пороци, водещи до неговата нищожност. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на жалбоподателя да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такива възражения са представени от жалбоподателя на 14.09.2022 г., което е обсъдено от административния орган в оспореното по настоящето дело решение за налагане на финансова корекция (л.30 – 31).

Съдът намира оспорения акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби, съображенията в тази насока са следните:

Предмет на съдебен контрол по делото е финансова корекция, наложена от УО на ОПДУ в тежест на жалбоподателя - ГДПБЗН-МВР. Финансовата корекция по своята правна същност е „административна мярка“, а не „санкция“. Целта на финансовата корекция е да се възстанови положението преди причинената вреда. Целта не е да се възложи на бенефициера неблагоприятна последица, която да компенсира Съюза за виновно извършено деяние, а да не се допусне финансирането от Съюза на дейности, осъществени при нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, което нарушение има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход.

Спорът в настоящето съдебно производство се свежда до правната интерпретация на установените факти в контекста на осъщественото от административния орган властническо правомощие. По-конкретно, предметът на съдебна преценка се концентрира върху съотнасянето на изложените от административния орган факти към съставите на нарушения, визирани в цитираните в акта разпоредби от ЗОП и квалификацията им като нередности по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Нормата на чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕФСУ определя, че производството по администриране на „нередност“ започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В процесния случай от доказателствата по делото, че установи, че процедурата е започнала по инициатива на управляващия орган, поради което е налице и допустим способ за инициране на административното производство. Жалбоподателят е уведомен писмено както за осъществения последващ административен контрол по законосъобразност на проведената обществена поръка, включително и за установените в хода на тази проверка нарушения – описани са нарушенията, правната им квалификация по ЗОП, респективно коя хипотеза на Наредбата за посочване на нередности попадат нарушенията и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен. Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция ръководителят на УО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такъв срок е предоставен на жалбоподателя и той е упражнил правото си да направи възражение, което е обсъдено подробно в мотивите на решението и са изложени аргументи защо същото не е прието изцяло. В тази връзка, Съдът приема, че формално са спазени регламентираните от законодателя специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер /л.30-31/.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими 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 легално в чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г., 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. Член 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 ГДПБЗН-МВР участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата безспорно се явява „икономически оператор“, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. Следователно е налице първият елемент от фактическия състав на „нередността“.

Наличието на нарушение, за което се предвижда финансова корекция, се установява след извършен анализ на приложимия нормативен акт по чл. 2, ал. 1, т. 1 или 2, по реда на който е възложена конкретната обществена поръчка или договор – чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, приложима на основание § 8 от ЗУСЕФСУ. Констатираното нарушение при провеждане на обществената поръчка: от страна на жалбоподателя са заложили критерии, водещи до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до участие в разглежданата процедура.

От страна на Националния орган е посочено, че анализът на заложените критерии за подбор в обявлението води до извод, че същите са в разрез с чл. 230 от ЗУТ вр. чл. 7, ал. 3, т. 2 от ЗКАИИП вр. чл. 3, ал. 4 от Наредба № 2 за проектантска правоспособност на инженерите, регистрирани в К., а именно, че проектантите с ограничена проектантска правоспособност имат право да изработват проекти за обекти от V –та и VI – та категория /в процесния случай се обектът, предмет на обществената поръчка е пета категория/. Следователно така поставените изисквания за техническите лица в обявлението за пълна проектантска правоспособност са непропорционални на предмета на обществената поръчка и представляват нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Нормата на чл. 230, ал. 1 от ЗУТ, определя, че условията и редът за признаване на пълна проектантска правоспособност се определят със закон – ЗКАИИП. В чл. 7, ал. 3, т. 2 от ЗКАИИП е определено, че проектантите с ограничена правоспособност могат да предоставят услугата по инвестиционно проектиране – архитектите по част „Архитектура“ и инженерите по изработване на проекти за строежите от пета и шеста категория. В процесния случай, както се посочи по-горе обектът, предмет на обществената поръчка – преустройство и реконструкция на етаж от съществуващи сгради и изграждане на гаражни клетки при Център за подготовка и възстановяван – Б. представлява строеж от първа група, пета категория и изискването за пълна проектантска правоспособност на посочените във фактическата част на съдебния акт ключови експерти е без нормативно основание, респективно същото е прекомерно. Безспорно по този начин е необосновано ограничена възможността за участие на лица, разполагащи с подходящи експерти с ограничена проектантска правоспособност.

Правилно от страна на Националния орган по програмата е констатирано нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП – ограничително условие, като по този начин Възложителят не е допуснал неопределен потенциален кръг лица да подадат оферта и по този начин е понижил възможността за избор по конкурентна оферта, независимо, че в хода на проведената обществена поръчка са били подадени пет оферти. Нормата на чл. 59, ал. 1 от ЗОП определя, че Възложителят може да определи критерии за подбор само относно годността, икономическото и финансовото състояние, техническите и професионални способности, а според ал. 2 на същата норма от ЗОП – Възложителят може да поставя само критерии за подбор, които са необходими за

установяване на възможността да бъде изпълнена поръчката, респективно които са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Съдът след като съобрази посоченото от административния орган, включително и съдържащите се в документацията и обявлението за възлагане на процесната обществена поръчка, счита, че от страна на Възложителя са заложили ограничителни критерии по смисъла на разпоредбите на чл. 2, ал. 2 вр. чл. 59, ал. 2 вр. ал. 1 от ЗОП, доколкото за изпълнението на предмета на обществената поръчка е поставено изискване към ръководителя на екипа и проектантите по съответните части да притежават пълна проектантска правоспособност, което е в нарушение на чл. 230 от ЗУТ вр. чл. 7, ал. 3, т. 2 от ЗКАИИП.

Установеното нарушение попада в хипотезата на 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 на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ /използване на критерии за възлагане, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до разглежданата процедура/, което в случая обосновава налагането на финансова корекция в размер на 5 % от стойността на разходите по сключения договор. Настоящият съдебен състав счита, независимо от релевираните в жалбата доводи, че поставените изисквания за пълна проектантска правоспособност са пропорционални с предмета на обществената поръчка, че същите не са в съответствие със закона и изискванията към услугата за преустройство и реконструкция на етаж и изграждане на гаражни клетки, както и че изводът на Националния орган за наличие на ограничителни изисквания е законосъобразен. Поставянето на различни условия като пълна проектантска правоспособност за всички проектанти, поставени от Възложителя, като условие за участие в обществената поръчка, без то да е нормативно въведено, не отговаря на законовите изисквания в чл. 230 от ЗУТ и на чл. 7, ал. 3, т. 2 от ЗКАИИП, като по същество поставя ограничение пред потенциалния кръг от участници да подадат оферта, като в противоречие с чл. 2, ал. 2 от ЗОП такъв вид ограничения понижава възможността за избор по конкурентна оферта. Нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, определя, 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. В случая е налице и финансово изражение – създадени са предпоставки за некласиране на икономически по – изгодни оферти, което несъмнено води до вреда на националния бюджет или бюджета на ЕС.

Според 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 на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, нарушението се изразява в „използване на критерии за възлагане, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до разглежданата процедура, но е налице минимално ниво на конкуренция“, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, като размерът на финансовата корекция е 5 %. Националният орган е наложил минималния размер процент корекция, отчитайки възможността на другите потенциални участници да наемат подобен вид технически лица по друг вид правоотношение.

Основната цел на финансовата корекция, съгласно чл. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и

на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, е при констатиране на нередности /в процесния случай във връзка с възлагане на обществена поръчка по реда на ЗОП по проекти, съфинансирани със средства от посочените фондове/ да се възстанови ситуацията, при която всички разходи, извършени в рамките на предоставена безвъзмездна финансова помощ са в съответствие с приложимото национално и европейско законодателство, както и подобряване на контрола и намаляване на случаите на нередности.

В § единствен от ДР на Наредба за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския съюз, е дадена легалната дефиниция на понятието „нередност“, съгласно която това означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Дефиниция на понятието „нередност“ се съдържа и в чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2016 г., съгласно която – „нередност“ е всяко нарушение на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда от общия бюджет на ЕС, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно цитираната легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна:

- доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект;
- доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет;
- доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Според Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции при определянето на корекциите се вземат предвид –характерът и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение, от друга страна. А, именно намира се в причинно-следствена връзка и има/ или би имала за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират директно от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход. В изключителна тежест на административния орган да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

Съдът счита въз основа на гореизложените съображения относно установената нередност, че ответният административен орган в производството доказва неправомерното поведение на жалбоподателя в провеждането на разглежданата обществена поръчка, респективно наличието на нарушения на чл. 2, ал. 2 вр. ал. 1 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, касаещи заложените изисквания за пълна проектантска правоспособност за всички проектанти. Безспорно е, че Възложителят е третирап еднакво всички кандидати. Но, в конкретния случай от важност не е равното третиране на участниците, разгледано като поставянето по отношение на всички тях на еднакви изисквания. От съществено и важно значение е възможността за участие на най-широк кръг участници, тъй като само по този начин се гарантира постигането на икономическа най-изгодната оферта. Важно е стопанските субекти да не бъдат възпрепятствани и необосновано наточарвани с разходи, които нямат законово

основание, а и икономическа логика.

Допуснатите от бенефициера нарушения са нарушения на основни разпоредби на ЗОП, и тяхното естество е такова, че е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с разпоредбата на чл. 72, ал. 3 вр. ал. 4 от ЗУСЕФСУ, размерът на финансовата корекция следва да бъде определен чрез процентен показател, установен в наредбата. Нито в националното законодателство, нито в законодателството на ЕС, в частност Регламент № 1303/2013 г., е поставено като изискване наличието единствено на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на нормата на чл. 2 /36/ от Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност – „има или би могло да има“. Т. тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на съда на ЕС, дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1803/2006, както и други секторни регламенти /Решение I. v С., С-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; Решение С. L'I., С-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, Решение F., С-59/14, EU:C:2015:660, т. 24; Решение Wrocław, С-406/14, EU:C:2016:562, т. 44/.

Нарушението на свързаното с правото на Съюза национално право, което обективно е довело до нарушаване на принципите на равнопоставеност и недискриминация винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако от страна на бенефициера бе спазено изискването на закона би могло в процедурата по възлагане на обществена поръчка да участват и други кандидати, в това число и отстранените на това основание и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от ЕС финансови средства. Това дава основание да бъде прието, че ако жалбоподателят не бе допуснал установеното нарушение общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-малки, а следователно и разходите на ЕС биха били по-малки.

Освен това, следва да се има предвид, че националният законодател е приел, че посочените в приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции нарушения на Закона за обществените поръчки, винаги създават възможност за вреда на бюджета на ЕС. С оглед на това тогава, когато съответното нарушение на Закона за обществените поръчки попада в някоя от категорията нарушения от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, безспорно е налице вреда на бюджета на ЕС и с оглед на това следва да бъде определена финансова корекция. В процесния случай, административният орган е приел, че установените нарушения попадат в категорията нарушения по т. 11, б. „б“ от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Точка 11, б. „б“, визира използване на критерии за възлагане, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до разглежданата процедура, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, което значи, че установеното нарушение може да нанесе вреда на бюджета на ЕС. Това от своя страна установява осъществяването и на третия елемент от фактическия състав на нередността.

За да бъде законосъобразна финансовата корекция, същата следва да бъде определена не само по основание, но и по размер. Основанието, видно от гореизложеното, е допуснатото от Възложителя нарушение на Закона за обществените поръчки, който е национално право, свързано с правото на Съюза, и

възможността да бъде нанесена вреда на бюджета на Съюза. Размерът на финансовата корекция следва да бъде определен в съответствие с разпоредбите на чл. 72 от ЗУСЕФСУ.

Предвид, че в случая не е възможно да бъде дадено количествено изражение на финансовите последици, в съответствие с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, размерът на финансовата корекция следва да бъде определен по пропорционалния метод.

За да бъде законосъобразно определен размерът на финансовата корекция е необходимо административният орган да е спазил регламентираното в чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕФСУ и да е определил размер в съответствие с установеното в приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

а) Процентно съотношение:

Процентното съотношение, с оглед разпоредбата на чл. 72, ал. 1 във вр. с ал. 3 и 4 от ЗУСЕСИФ ще бъде законосъобразно, ако административният орган е определил размера му в рамките, установени от законодателя на основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, т.е. в приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и при спазване на разпоредбата на чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. За нарушението на т. 11, б. „б“ от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции законодателят е определил 5%. Административният орган е определил процентното съотношение 5%, което е и законосъобразно с оглед вида на нарушението и липсата на пряка вреда за общностния бюджет.

По изложените съображения, Съдът намира, че определената с атакувания акт финансова корекция се явява законосъобразна, а жалбата – неоснователна и недоказана, поради което следва да бъде отхвърлена.

По разноските в производството:

От страна на ответния административен орган е отправено искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, поради което същото следва да бъде уважено.

По изложените съображения, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III-то отделение, 60-ти състав,

Р Е Ш Е Н И Е:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи, БУЛСТАТ:[ЕИК], седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявана от Главен комисар Н. Н. - Директор, срещу Решение за определяне на финансова корекция № РД-02-14-995/17.10.2022 г., издадено от Д. Г., Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на управляващия орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014 г. – 2020 г., в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 1983опд-6/29.01.2020 г., с Изпълнител „Прогрес 99“ ООД, на стойност 182 100.00 лв. без ДДС /218 520.00 лв. с ДДС/.

ОСЪЖДА Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ при Министерство на вътрешните работи, БУЛСТАТ:[ЕИК], да заплати на Ръководителя на Националния орган на Програма „Interreg V-A Румъния-България“ при Министерство на регионалното развитие и благоустройството, юрисконсултско възнаграждение в размер на 100.00 лв. /сто лева/.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховен административен съд на Република България в четиринадесет дневен срок от съобщаването на страните за постановяването му.

СЪДИЯ: