

РЕШЕНИЕ

№ 4043

гр. София, 16.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 46 състав,
в публично заседание на 17.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Красимира Желева

при участието на секретаря Станислава Данаилова, като разгледа дело номер **10180** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, БУЛСТАТ:[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от изпълнителния директор председателя на управителния съвет – инж. И. Д., чрез юрисконсулт А. Т. срещу Решение № РД – 02 – 14 – 843/30.09.2021 г., издадено от заместник министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Националния орган на И. V – А Румъния – България 2014 – 2020, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на допустимите разходи, финансирани от Европейските структури и инвестиционни фондове по Договор № РД-33-1/09.06.2022 г. на стойност 6 407 433.86 лева с ДДС с изпълнител Обединение „И. 2019“.

В жалбата са наведени доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение. Твърди се, че качествено изпълнение на рехабилитацията на път е възможно от технически правоспособни лица, запознати със същността на строителството, с терминологията, с последователността на изпълнение, с причинно- следствените връзки на процесите в строителството, поради което е необходимо техническите лица да имат съответното образование, завършено във висше учебно заведение. Изтъква се, че в процесния случай приложима е разпоредбата на чл. 229, ал. 3 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/, която регламентира, че технически правоспособни

лица са получилите дипломи от акредитирано висше училище с квалификация „архитект“, „строителен инженер“, „инженер“, „урбанист“ или „ландшафтен архитект“. Подчертава се, че Националният орган е обосновал издадения от него административен акт с разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, но същата е със по-стара редакция спрямо редакцията на чл. 229, ал. 3 от ЗУТ, поради което именно последната следва да се приложи като по-нова законова разпоредба. Сочи се още, че в обжалвания акт Националният орган не е обсъдил всички наведени от жалбоподателя възражения – особено тези, които касаят приложението на чл. 229, ал. 3 от ЗУТ, поради което решението е немотивирано и като такова – незаконосъобразно. Твърди се, че разпоредбата на чл. 163а от ЗУТ касае задължения на строителите, какви лица могат да назначават за работа при тях, а разпоредбата на чл. 229 от ЗУТ по принцип урежда въпроса с технически правоспособните лица, поради което същата е приложима за възложителите. Изложени са твърдения, че цитираната съдебна практика в решението на ответника не е напълно относима към конкретния случай. Наведени са аргументи, че предвид спецификата на предмета на обществената поръчка – извършване на строително – монтажни работи за основен ремонт на път, не е обосновано лице със завършен курс или друга квалификация, различна от изискуемата от възложителя, да изпълни всички предвидени задължения по договора за обществената поръчка. В тази връзка се сочи, че именно лицата, отговарящи на поставените от жалбоподателя изисквания, би трябвало да изпълнят качествено вменените им функции съобразно предмета на обществената поръчка. Оспорва се твърдението на Националния орган, че е осигурено минимално ниво на конкуренция, тъй като не са подадени 2 оферти, а 6, като са допуснати 4. Според жалбоподателя минимално ниво на конкуренция означава да са допуснати само 2 оферти до класиране. В тази връзка се изтъква, че решението за откриване на процедурата не е обжалвано от заинтересованите лица и нито едно от тях не посочва проблеми по отношение на изискванията за лицата от екипа, за процедурата и за нейното провеждане. Навеждат се доводи за наличието на нарушение на защитата на жалбоподателя, изразяващо се в разлика между правната квалификация на основанието за определяне на финансова корекция в обжалваното решение и в сигнала за нередност. Накрая се отбелязва, че Закона за обществените поръчки /ЗОП/ позволява и дори задължава възложителите да определят условия към лицата, които са част от екипа за изпълнение на поръчката, като гарантират качествено изпълнение на предмета на обществената поръчка, и че не е обосновано да се приема, че лица със завършено средно образование могат да изпълнят задълженията си по съответната позиция, поради което поставените изисквания са съобразени със ЗОП и ЗУТ и не са дискриминационни. Иска се отмяна на обжалвания административен акт. Претендират се юрисконсултско възнаграждение и сторените в съдебното производство съдебни разноски и такси.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез упълномощения си процесуален представител юрк. Б. поддържа жалбата и изложените в нея съображения и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът Ръководител на Националния орган на И. V – А Румъния – България 2014 – 2020 чрез упълномощения си процесуален представител юрк. К. оспорва жалбата и претендира юрисконсултско възнаграждение съгласно списък на разноски, който представя. Депозирани са и писмена защита, в която подробно са изложени съображения по същество на спора.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител за участие в съдебното производство и не ангажира становище по спора.

Административен съд – София – град, III отделение, 46-ти състав след преценка на събраните по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност намира за установено следното от фактическа страна:

Процесното решение е издадено в резултат на получено Уведомление за съмнение за нередност/измама с № 99-00-3-212/08.10.2020 г. /л. 26 и сл./. В последното е посочено, че жалбоподателят е поставил изискване към участниците в обществената поръчка за по-висока образователна степен от нормативно регулираната за лицата, които ще изпълняват техническо ръководство на строежите като технически ръководители, с което е нарушил разпоредбите на чл. 59, ал. 3 и чл. 2, ал. 1 и 2 от ЗОП и не е спазил принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция.

По-конкретно нарушението се изразява във въвеждане на следните изисквания за технически и професионални способности на участниците в процедурата: за всяка обособена позиция поотделно те следва да разполагат с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, включващ най-малко:

А) Ръководител на строеж – 1 /един/ брой:

Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Транспортно строителство“ или „Строителство на сгради и съоръжения“, или „Промислено и гражданско строителство“, или еквивалентна специалност.

Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на цялостно ръководство на минимум 1 /един/ изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната.

Б) Технически ръководител по част „Пътни и асфалтови работи“ – 1 /един/ брой:

Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Транспортно строителство“ или „Пътно строителство“, или еквивалентна специалност.

Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на дейности по части „Пътна“ или „Асфалтови работи“ в минимум 1 /един/ изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната.

В) Технически ръководител по част „Конструктивна“ – 1 /един/ брой:

Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Строителство на сгради и съоръжения“ или „Промислено и гражданско строителство“, или „Транспортно строителство“, или „Пътно строителство“, или „Строителство на транспортни съоръжения“, или „Железопътно строителство“, или еквивалентна специалност.

Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на дейности по част „Конструктивна“ в минимум 1 /един/ изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или

на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната.

Г) Технически ръководител по част „Геодезия“ – 1 /един/ брой:

Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Геодезия, фотограмметрия и картография“ или „Земеустройство“, или „Геодезия“, или „Маркшайдерство и геодезия“, или еквивалентна специалност.

Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на полско – измервателни работи в минимум 1 /един/ изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната.

Д) Координатор безопасност и здраве /КБЗ/ - 1 /един/ брой:

Професионална област /квалификация/: със завършен курс за КБЗ или еквивалент.

Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на дейности по безопасност и здраве в минимум 1 /един/ изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната.

Според изложеното в Уведомлението за съмнение за нередност/измама изискването във връзка с образователната степен на лицата, които следва да осъществяват техническото ръководство на строежа като технически ръководител по отделните части, да притежават висше образование по съответната техническа специалност е в противоречие с чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ. Посочено е, че в нормативната уредба ясно е указано, че минималното изискване към образователната степен на лицата, които имат техническа правоспособност да осъществяват техническо ръководство на строежите, е средно образование с четиригодишен курс на обучение. В този смисъл поставянето на изискване за по- висока образователна степен е дискриминационно и непропорционално и възложителят е ограничил участието на кандидати, които разполагат с персонал/технически правоспособни лица с професионална квалификация по съответните специалности, но с образователна степен „средно образование с четиригодишен курс на обучение“ и същевременно притежават изискуемия специфичен опит.

С оглед на изложеното в Уведомлението е прието, че нарушението попада в категорията по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/ - използвани са критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. В тази връзка е посочено, че за извършеното нарушение се предвижда налагане на финансова корекция в размер на 5 % от стойността на сключения договор.

Ръководителят на Националния орган се е произнесъл по отношение на горесцитираното Уведомление за съмнение за нередност/измама с писмо с №

99-00-3-212-[1] от 07.07.2021 г. /л. 30 и сл./, като е възприел изложените доводи в последното.

Според изложеното от Ръководителя на Националния орган по-качественото изпълнение се постига чрез залагане на изисквания за опит, умения и знания, получени в процеса на усвояване на дейност със сходен предмет, които не трябва да се смесват с необходимата за изпълнение на длъжността образователна степен/професионална квалификация. Последните са нормативно регламентирани и залагането от възложителя на образователна степен/професионална квалификация, които не се изискват от закона за упражняване на длъжността/функцията, е ограничително. В писмото е посочено още, че гаранция за възложителя за постигане на качество и висок резултат са именно наличният професионален опит, продължителността на същия и броят качествено изпълнени услуги със сходен или идентичен предмет, а не притежаваната от определено лице образователна степен. Ръководителят на Националния орган се е позовал на практика на Върховния административен съд /ВАС/, според която сложността и обемът на поръчката предполагат евентуално завишени изисквания за опит, но не и за по-висок ценз или степен на квалификация.

С оглед на гореизложеното Ръководителят на Националния орган е посочил като размер на финансовата корекция 5 % от стойността на допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договора, и е приел, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Последното е квалифицирано като нередност съгласно т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата във вр. с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 72, ал. 5 от ЗУСЕСИФ.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ на жалбоподателя е дадена възможност за представи своите коментари, бележки, допълнителни документи, с които да мотивира възражението си срещу налагането на финансовата корекция или срещу нейния размер.

Жалбоподателят се е възползвал от тази своя правна възможност, като е депозирал писмено възражение с изх. № 04-16-1767/18.08.2021 г. /л. 38 и сл./, с което е оспорил констатациите на Националния орган и е изложил аргументи относно липсата на всички елементи от фактическия състав на нередност в това число и потенциални финансови последици за бюджета на Европейския съюз.

По посоченото възражение Ръководителят на Националния орган се е произнесъл с Решение № РД-02-14-843/30.09.2021 г. по проект № R.-408, “T. efforts for improving road infrastructure in the cross border area“ /„Целеви усилия за подобряване на пътната инфраструктура в трансграничната зона“, съфинансиран по Програма за трансгранично сътрудничество И. V – А Румъния – България 2014 – 2020 (Програмата), изпълняван от Агенция „Пътна инфраструктура“ /накратко Решението/ - предмет на оспорване в настоящото производство.

В посочения административен акт /АА/ възраженията на жалбоподателя са отхвърлени като неоснователни и е прието, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата – неправомерни критерии за подбор в обявлението за поръчката или документацията за участие, във вр. с чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 72, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, като окончателно е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на допустимите разходи, финансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове по Договор № РД-33-1/09.06.2020 г. на

стойност 6 407 433.86 лева с ДДС с изпълнител Обединение „И. 2019“.

Въз основа на тази фактическа обстановка от правна страна съдът прави следните изводи:

Обжалваното решение на Ръководителя на Националния орган за определяне на финансова корекция подлежи на съдебен контрол за законосъобразност съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСФ. Оспорването е направено от лице – адресат на акта, за което същият е неблагоприятен, и в законоустановения за това срок, поради което жалбата е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

С оглед разпоредбата на чл. 168 от АПК съдът не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Оспореното решение е издадено от компетентен орган.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на управляващия орган, одобрил проекта.

Съгласно чл. 5, ал. 1, т. 11 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството министърът на регионалното развитие и благоустройството организира, координира и контролира дейността на Националния орган по Програма за трансгранично сътрудничество И. V-A Република Румъния - Република България 2014 – 2020. Със Заповед № РД-02-14-722/16.08.2021 г. /л. 13/ министърът на регионалното развитие и благоустройството в качеството си на ръководител на администрацията, в чиято структура се намира Националният орган по Програма за трансгранично сътрудничество И. V – А Република Румъния - Република България 2014 – 2020 – чл. 29, ал. 1 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, е определил за ръководител на националния орган заместник- министър. В случая З. Х. – заместник – министър на регионалното развитие и благоустройството, на основание на посочената заповед е изпълнявал правомощията на Ръководител на Националния орган и в качеството си на такъв е издал обжалвания акт, поради което последният е издаден от компетентен орган. Не е налице отменително основание по чл. 146, т. 1 от АПК.

Оспореното решение е в законоустановената писмена форма и съдържа реквизитите по чл. 59, ал. 2 от АПК вр. чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Административният акт е мотивиран с фактическите и правните основания за издаването му съгласно изискването на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. В оспорения акт са посочени приетите за установени от административния орган факти и доказателствата, въз основа на които същите са установени. Фактическо основание за издаване на оспорения акт е установено нарушение на законодателството в областта на обществените поръчки, съставляващо нередност във връзка с възлагането на обществена поръчка с предмет „Изпълнение на строително – монтажни работи по два проекта, финансирани по Програма И. V – А Румъния – България 2014 – 2020 по обособени позиции: Обособена позиция № 1: Проект R.-408 „Основен ремонт на път III 118 Г. – Долна Митрополия от км 14+786 до км 24+150, област П.“ и „Обособена позиция № 2: Проект R.-375 „Основен ремонт на път II 81 К. – Б. – М. от км 86+289 до км 94+000, област М.“. Решението съдържа конкретно посочени правни норми, обосновава издаването му. Актът се позовава на разпоредбите на чл. 70, ал. 1, т. 9 и е издаден за

нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, съставляващо нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. С оглед на горното съдът приема, че не е налице отменително основание по чл. 146, т. 2 от АПК. Относно спазването на административнопроизводствените правила при издаването на акта:

Производството за определяне на финансова корекция по основание и размер е подчинено на специални правила, регламентирани в ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ преди издаването на решение за определяне на финансова корекция управляващият орган трябва 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. От доказателствата по делото – т. 6 Допълнителни бележки от писмо с № 99-00-3-212-[1] от 07.07.2021 г. /л. 36/, е безспорно, че това изискване на закона е спазено, включително по отношение на предоставения за възражения срок, като жалбоподателят се е възползвал от възможността да възрази срещу наложената финансова корекция – изх. № 04-16-1767/18.08.2021 г. /л. 38 и сл./. В действителност мотивите, с които Ръководителят на Националния орган е отхвърлил възраженията на жалбоподателя, не са пространни, но в същите достатъчно ясно и точно са изложени фактическите и правните основания, поради които административният орган е стигнал до извод за неоснователност на направените оспорвания. Твърдението на жалбоподателя относно нарушение на правото му на защита поради наличието на разлика между правната квалификация на основанието за определяне на финансова корекция в обжалваното решение и в сигнала за нередност съдът намира за неоснователно. В случая жалбоподателят е бил запознат с фактическите основания, довели до извод за извършена нередност. Наличието на промяна в правната квалификация при липса на промяна във фактите не води до нарушение на правото на защита, доколкото жалбоподателят е бил запознат с фактическите основания и е имал възможност да се защитава срещу тях. Освен това, в случая в сигнала е посочено, че нарушението следва да се квалифицира като нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, като единствено не е конкретизирана буквата от визираната точка, но за сметка на това е посочен размерът на финансовата корекция, който следва да се определи. Не на последно място, сигналът е акт, с който се сезира компетентният административен орган – в случая Ръководителят на Националния орган, като последният не е обвързан от изложените констатации и изводи, а на свой ред прави преценка дали е налице нарушение, което представлява по своята същност нередност, и каква правна квалификация следва да се даде на тази нередност. Още повече, че жалбоподателят не е бил уведомен за въпросния сигнал, а за последващите актове на административния орган – писмото и обжалваното решение. Между правната квалификация на нередността, дадена в писмото, и тази, дадена в решението, няма разлика. Разлика няма и във фактическите основания за издаване на писмото и процесния акт, поради което съдът намира, че правото на защита на жалбоподателя не е било нарушено. На основание на изложеното съдът приема, че органът не е допуснал съществено нарушение на административнопроизводствените правила при издаване на обжалваното решение, поради което не е налице отменително основание по чл. 146, т. 3 от АПК.

По отношение на материалноправните разпоредби:

Жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2 /37/

Регламент № 1303/2013 - участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, „бенефициер“ /чл. 2, т. 10 на Регламент № 1303/2013г. /. Като страна по договор за предоставяне на национално съфинансиране Агенция „Пътна инфраструктура“ е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на полученото финансиране.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция само на някое от лимитативно посочените правни основания, а в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ – 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.

Установяване на нередност във връзка с възлагане на поръчката, избор на изпълнител, сключване и изпълнение на договора е възможно във всеки един етап от развитието на правоотношението по ЗОП, включително във фазата на приключило изпълнение на обществената поръчка. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право или на националното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Следователно изисква се само потенциална възможност да бъде нанесена вреда на бюджета.

Съгласно чл. 70 (1) „б“ от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, приложим на основание чл. 152 (1) на Регламент (ЕС) 1303/2013, държавите членки предотвратяват, откриват и отстраняват нередности и осигуряват възстановяването на неправомерно изплатени суми. Съгласно чл. 98 (1) от Регламент (ЕО) № 1083/2006, приложим на основание чл. 152 (1) на Регламент (ЕС) 1303/2013, държавите членки носят отговорност да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции.

Основанията за извършване на финансова корекция в националното законодателство са установени в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата 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.

Съгласно чл. 2 (36) от Регламент № 1303/2013 „нередност“ означава 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Такъв акт е 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 да се обоснове извод за нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във връзка с дефиницията за нередност в чл. 2 (36) от Регламент № 1303/2013, трябва да е установено: 1. действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което съставлява 2. нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с правото на ЕС, което нарушение 3. има или би имало като последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза.

В тежест на административния орган е да установи кумулативното наличие на така посочените елементи от фактическия състав на „нередността“.

По отношение на наличието на първия елемент от съдържанието на определението за „нередност“ в процесния случай съдят намира следното:

По делото не се спори, че жалбоподателят – Агенция „Пътна инфраструктура“ /А./, е бенефициент по смисъла на ЗУСЕСИФ, съответно е икономически оператор съгласно чл. 2 (37) от Регламент № 1303/2013, тъй като участва в изпълнението на помощта от ЕСИФ като страна по договор за предоставяне на национално съфинансиране. В това си качество А. е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на полученото финансиране.

Спорът по делото е относно това налице ли са вторият и третият елемент от съдържанието на понятието „нередност“.

По отношение на втория елемент – нарушение на правото на Съюза или на националното право:

В процесния случай Ръководителят на Националния орган е приел, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с поставеното изискване за висше образование на техническите ръководители, тъй като същото не съответства на предмета, стойността, сложността и обема на поръчката и води до необосновано ограничаване на конкуренцията, защото изключва възможността технически ръководители да бъдат и лица със средно образование съобразно изискването на чл. 163а, ал. 1 от ЗУТ.

В документацията, видно от обявлението /л. 51 и сл./, раздел III, 1.3) Технически и персонални възможности и раздел VI, 3.) Допълнителна информация, като изискване към участника е посочено, че последният трябва да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката /за всяка обособена позиция поотделно/, включващ най- малко: А) Ръководител на строеж – 1 бр.: Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Транспортно строителство“ или „Строителство на сгради и съоръжения“, или „Промислено и гражданско строителство“, или еквивалентна специалност. Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на цялостно ръководство на минимум 1 изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната. Б) Технически ръководител по част „Пътни и асфалтови работи“ – 1 бр.: Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Транспортно строителство“ или „Пътно строителство“, или еквивалентна специалност. Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на дейности по части „Пътна“ или „Асфалтови работи“ в

минимум 1 изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната. В) Технически ръководител по част „Конструктивна“ – 1 бр.: Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Строителство на сгради и съоръжения“ или „Промислено и гражданско строителство“, или „Транспортно строителство“, или „Пътно строителство“, или „Строителство на транспортни съоръжения“, или „Железопътно строителство“, или еквивалентна специалност. Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на дейности по част „Конструктивна“ в минимум 1 изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната. Г) Технически ръководител по част „Геодезия“ – 1 бр.: Професионална област /квалификация/: да има висше образование по специалност „Геодезия, фотограмметрия и картография“ или „Земеустройство“, или „Геодезия“, или „Маркшайдерство и геодезия“, или еквивалентна специалност. Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на полско – измервателни работи в минимум 1 изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната. Д) Координатор безопасност и здраве /КБЗ/ - 1 брой: Професионална област /квалификация/: със завършен курс за КБЗ или еквивалент. Специфичен опит: участие в екип, свързано с извършване на дейности по безопасност и здраве в минимум 1 изпълнен обект за ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт на автомагистрала, и/или на пътища от РПМ, и/или на улици, и/или на пътища от ОПМ, и/или на пътни съоръжения към тях в страната, и/или на пътища, и/или на пътни съоръжения към тях с еквивалентни характеристики извън страната.

Според настоящия съдебен състав така поставено изискването за притежаване на висше образование от Технически ръководител по част „Пътни и асфалтови работи“, Технически ръководител по част „Конструктивна“ и Технически ръководител по част „Геодезия“ представлява нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Това е така, защото в случая приложение намират разпоредбите на чл. 163а, ал. 1 и 2 от ЗУТ, в които изрично е регламентирано, че техническите ръководители на строежите следва да са технически правоспособни лица, а такива са както лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“, така и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“. Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че не е обосновано да се приема, че лица със завършено средно образование могат да изпълнят задълженията си по съответната позиция. Разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ е императивна и щом законодателят е преценил, че и лица със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и

„Техника“ са технически правоспособни да изпълняват длъжността на технически ръководители, то не може възложителят по собствено усмотрение да се отклонява от законодателната повеля. В този смисъл жалбоподателят е въвел изискване, което е завишено от изискванията, въведени от законодателя в ЗУТ, а твърденията му относно значението и сложността на предмета на поръчката не са достатъчни да обосновават нуждата от такова завишаване. Правилно административният орган е посочил, че в случая, за да се гарантира доброто и качествено изпълнение следва да се акцентира не върху образователната степен и професионалната квалификация, а върху опита и уменията, натрупани в процеса на усвояване на конкретната дейност. Съдът намира за относима към настоящия казус цитираната в решението практика на ВАС, доколкото последната се отнася именно до сходни хипотези, в които възложител по обществена поръчка с оглед нейния предмет е въвел по-високи критерии относно образованието на персонала на участниците в сравнение с тези, визирани в законодателството, вместо да завиши изискванията за опит. Това изискване в действителност лишава или поне ограничава от участие в процедурата лица, които разполагат с персонал/технически правоспособни лица с професионална квалификация по съответните специалности, но с образователна степен „средно образование с четиригодишен курс на обучение“ и същевременно притежаващи изискуемия специфичен опит. На основание на изложеното правилно административният орган е приел, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че в процесния случай не е налице минимално ниво на конкуренция, тъй като били подадени 6 оферти, от които били допуснати 4, както и че минимално ниво на конкуренция означавало да са допуснати само 2 оферти до класиране. Това е така, защото законодателят в т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата изрично е посочил, че минимално ниво на конкуренция е налице, когато са получени две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Неотнормирани към настоящия казус са доводите, че решението за откриване на процедурата не е обжалвано от заинтересованите лица и нито едно от тях не посочва проблеми по отношение на изискванията за лицата от екипа, за процедурата и за нейното провеждане, тъй като обстоятелството дали е налице нарушение, което следва да се квалифицира като нередност по смисъла на ЗУСЕСИФ, не се определя от поведението на участниците в обществената поръчка, а от поведението на възложителя.

По отношение възраженията на жалбоподателя, че в конкретния случай приложение намира разпоредбата на чл. 229, ал. 3 от ЗУТ като такава с по-нова редакция в сравнение с разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, както и че разпоредбата на чл. 163а от ЗУТ касае задължения на строителите, какви лица могат да назначават за работа при тях, а разпоредбата на чл. 229 от ЗУТ по принцип урежда въпроса с технически правоспособните лица, поради което същата е приложима за възложителите, съдът намира изложените твърдения са неоснователни. Както вече беше посочено, в процесния случай приложение намира разпоредбата на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, както правилно е посочил и административният орган. Това е така, защото разпоредбата на чл. 163а от ЗУТ касае технически правоспособните лица, които имат правомощия да извършват техническо ръководство на строежите, докато технически правоспособните лица, които имат право да извършват строителни работи, са посочени в друга правна норма, а именно в чл. 229 от ЗУТ /Решение № 2606 от 25.02.2021 г. по адм. д. № 493/2021 на ВАС/. Това означава, че противно на

твърденията в жалбата, разпоредбата на чл. 229 от ЗУТ не урежда по принцип въпроса с технически правоспособните лица. Видно от обявлението, изискванията за висше образование са поставени именно по отношение на технически правоспособните лица, които имат правомощия да извършват техническо ръководство на строежите, а не по отношение на технически правоспособните лица, които имат право да извършват строителни работи. Освен това, съдът намира за необходимо да отбележи, че разпоредбите на чл. 163а и чл. 229 от ЗУТ не се намират в отношение на конкуренция, за да се стигне до прилагането на тази, която е с по-нова редакция, тъй като, видно от изложеното, същите уреждат изискванията по отношение на различен кръг от технически правоспособни лица – такива, които имат правомощия да извършват техническо ръководство, от една страна, и такива, които имат право да извършват строителни работи, от друга.

Относно поставените изисквания съответно за притежаване на висше образование от ръководител на строеж и за завършен курс за КБЗ или еквивалент от координатор безопасност и здраве съдът намира, че решението е немотивирано. Подробно органът е обосновал съображенията си касателно ограничителния характер на изискването за висше образование за техническите ръководители, но не е посочил каквито и да е било фактически и правни основания, поради които е приел, че въвеждането на посочените по-горе критерии за ръководител на строеж и за координатор безопасност и здраве нарушават чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Настоящият съдебен състав намира за необходимо да отбележи, че позицията „технически ръководител“ и позицията „ръководител на строеж“, посочени в обявлението, не се припокриват, доколкото, видно от използваната лексика от страна на възложителя, би следвало да се приеме, че последният предвижда двете позиции да имат различни функции. Съгласно изискването за форма, регламентирано в чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, административният акт следва да съдържа фактическите и правните основания за издаването му, т. е. да бъде мотивиран. Мотивите следва да сочат какви фактически констатации е направил административният орган при издаването на акта и въз основа на какви доказателства. Изискването за мотивировка, изведена от конкретни доказателства, представлява една от гаранциите за законосъобразност на акта, които законът е установил за защита на правата на страните в административното производство. Тази гаранция се проявява в две насоки: първо, с излагане на мотиви се довеждат до знанието на страните съображенията, по които административният орган е издал или отказал да издаде административния акт, което подпомага страните в избора им на защита, а от друга страна, разкрива и възможност за контрол върху законосъобразността на акта, който се обжалва. С оглед на изложеното само в тази част решението не е мотивирано.

Независимо от констатираната липса на мотиви в обжалваното решение във връзка с изискванията спрямо ръководител на строеж и координатор безопасност и здраве, това не повлиява на извода, че е налице въведено ограничително условие по отношение на образователната степен и професионалната квалификация на техническите ръководители и не се отразява на общия извод на АО за наличие на нарушение.

По отношение на третия елемент – нанасяне или възможност за нанасяне на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза, съдът излага следните съображения:

За да бъде определена финансова корекция, не се изисква извършеното нарушение да

е довело до неправомерен разход на бюджета на Съюза. От съвместното тълкуване на чл. 2, т. 36 във вр. чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. може да се направи извод, че при констатиране на нередност чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. задължава държавите членки да извършат финансова корекция, доколкото не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд /така в т. 2 от диспозитива на решение от 14.07.2016 г. на СЕС по дело C-406/14 г./.

Няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност /така т. 47 от дело C-465/10 на СЕС, Решение № 9674/16.07.2018г. по адм. д. № 474/2018г. на VII отд., Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г. на 5- чл. с-в и цитираната в него практика на СЕС/.

В конкретния случай с оглед на характера на нарушението /критерии за подбор, които са ограничителни/ е безспорно, че не може да се изключи възможността за отражение върху бюджета на Съюза, защото не може да се изключи възможността, че от участие в процедурата са се отказали изпълнители, които разполагат с технически правоспособни лица с професионална квалификация по съответните специалности, но с образователна степен „средно образование с четиригодишен курс на обучение“ и същевременно притежаващи изискуемия специфичен опит.

Относно размера на определената финансова корекция съдът излага следните мотиви: За да е законосъобразно определена финансовата корекция, трябва правилно да са определени основата, върху която се изчислява, и процентният показател. В случая основата, от която органът е определил финансовата корекция, е посочена като стойността на допустимите разходи по засегнатия договор в съответствие с чл. 5, ал. 1 от Наредбата. Органът е приел процентен показател съгласно т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Съдът намира, че не са допуснати нарушения в тази част от оспореното решение. В., липсват възражения на жалбоподателя в частта за основата и размера на определената финансова корекция.

Установеното нарушение попада в легалната дефиниция на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. и се субсумира съобразно чл. 70, ал. 2 във вр. с чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във фактическия състав на т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2 от Наредбата – неправомерни критерии за подбор в обявлението за поръчката или документацията за участие.

Относно спазването на целта на закона:

Оспореното решение е в съответствие с целта на закона, тъй като с него се цели препятстване на неправомерното разходване на средства в изпълнение на финансовото подпомагане от ЕСИФ. Чрез определяне на финансова корекция се очаква и се цели превантивен и възпитателен ефект спрямо възложителя. Не се засягат интереси в противоречие с целите, поставени в правото на ЕС и националното законодателство в областта на предоставяне на финансова подкрепа.

В заключение на анализа на изискванията за законосъобразност на обжалвания акт и по изложените по- горе мотиви съдът приема, че актът е законосъобразен, а жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена. Констатираната по- горе липса на мотиви за твърдяното нарушение по отношение на изискванията към ръководител на строеж и координатор безопасност и здраве не повлиява на крайния резултат.

При този изход на спора с оглед своевременно направеното искане за присъждане на разности и на основание чл. 143, ал. 1 от АПК жалбоподателят следва да бъде осъден да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството /юридическото лице, в чиято структура е органът ответник/ направените по делото

разноски. Същите, видно от списък на разноските /л. 94/, са за юрисконсултско възнаграждение. В съответствие с нормативната уредба /чл. 78 от ГПК във вр. с чл. 37, ал. 1 от ЗПП във вр. с чл. 25 от Наредбата за заплащането на правната помощ/ жалбоподателят следва да заплати на ответника сумата от 100 /сто/ лева, представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.
Водим от горното, съдът:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от изпълнителния директор председателя на управителния съвет – инж. И. Д., срещу Решение № РД – 02 – 14 – 843/30.09.2021 г., издадено от заместник министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Националния орган на И. V – А Румъния – България 2014 – 2020, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на допустимите разходи, финансирани от Европейските структури и инвестиционни фондове по Договор № РД-33-1/09.06.2022 г. на стойност 6 407 433.86 лева с ДДС с изпълнител Обединение „И. 2019“.

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“, БУЛСТАТ:[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от изпълнителния директор председателя на управителния съвет – инж. И. Д., да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сумата от 100 /сто/ лева, представляваща разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд на Република България с касационна жалба в 14- дневен срок от получаване на съобщението до страните за неговото постановяване.

СЪДИЯ: