

РЕШЕНИЕ

№ 2041

гр. София, 27.03.2018 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 01.03.2018 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елица Райковска

при участието на секретаря Кристина Петрова, като разгледа дело номер **37** по описа за **2018** 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 вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано по жалба на Агенция Пътна инфраструктура срещу решение № РД-02-36-1290/01.12.2017 г., издадено от Заместник-министър и ръководител на Управляващия орган на ОПРР, с което е определена финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по посочения в атакувания административен акт договор. Моли решението да бъде отменено. Претендира разноски. Представя списък и доказателства за извършени такива /л. 389 и сл./.

Ответникът оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Претендира разноски. Представя списък /л. 381/ и доказателства за извършени такива /л. 382 и сл./.

И двете страни представят подробни писмени бележки.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

С атакуваното решение от 01.12.2017 г. /л. 34/ Ръководителят на Управляващия орган /УО/ на Оперативна програма Региони в растеж 2014-2020 г. /ОПРР/ е приела, че Агенция пътна инфраструктура /А./ в качеството ѝ на бенефициент по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /ДПБФП/ по ОПРР 2014-2020 г. и възложител на обществена поръчка /ОП/ - открита процедура за строителство, с предмет „Определяне на изпълнител за строителство на обект: Л. 13 Път II-49 Т.-Р. от

км 9+800 до км 11+832,85 и от км 11+942,87 до км 30+658,87 с обща дължина 20,749 км., област Р.“, е формулирала незаконосъобразни/ограничителни изисквания в нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП. Такива ограничения били налице по отношение на изискването участниците да разполагат с Координатор безопасност и здраве /КБЗ/ и Инженер по материалите, за които лица имало предварително определени изисквания относно завършената образователна специалност.

За специалист КБЗ УО приема, че е ограничителен критерият, съгл. който специалистът КБЗ следва да има образование строителен инженер или строителен техник, още повече, че възложителят е обезпечил в достатъчна степен професионалния опит на експерта, въвеждайки изискването да има специфичен опит – участие на подобна позиция при изпълнение на минимум 2 обекта за строителство и/или реконструкция..... на АМ... и общ професионален опит от мин 1 г. /л. 45/.

Във връзка с втория експерт – Инженер по материалите, УО се позовава на чл. 15, ал. 1, т. 4, б. „б“ от Закона за камарата на строителите /З./, който определя професионалната квалификация на заемачия длъжността. В. незаконосъобразно бил ограничил предварително квалификацията му. Ръководителят на УО сочи, че в свои разяснения А. не е допуснала лице с квалификация строителен инженер, специалност Геодезия и специалност Хидромелиоративно строителство, притежаващо необходимия опит, да участва като експерт в ОП – Инженер по материалите, без да изложи съображения за това. Същевременно възложителят бил обезпечил в достатъчна степен професионалния опит на този експерт, въвеждайки кумулативно изискване лицето да има общ професионален опит 5 г. и специфичен професионален опит: участие на подобна позиция в изпълнение на мин. 2 обекта за ново строителство, основен ремонт на АМ..... и пр. По-нататък УО е извършил проверка на специалностите, които засягат изучаване на технологията, контрола, изследването на материалите и др. и е изброил и други аналогични специалности, в частност специалност Хидромелиоративно строителство /л. 47/.

Административният орган е индивидуализирал нарушените разпоредби /л. 48/ и е посочил, че нарушението съставлява нередност по см. на т. 9 от раздел 1 към Наредбата, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. Изложил е мотиви относно размера на финансовата корекция, като е наложил най-ниският размер от 5% от допустимите разходи по договора от 08.06.2017 г. с изпълнител П.-Т ЕАД на стойност 12 275 464,63 лева без ДДС.

Между страните е сключен ДПБФП по ОПРР 2014-2020 г. от 09.05.2016 г. /л. 51/. В чл. 8 от същия е регламентиран начинът на финансиране – 85% от ЕФРР и 15 % - национално съфинансиране. Приложени са общи условия /ОУ/ към договора /л. 60/.

С решение от 01.04.2016 г. е открита процедура по възлагане на ОП /л. 218/ с предмет – изпълнители на строителство на 15 обекта от етап 1 на ОПРР 2014-2020 г. по 15 обособени позиции. Представено е обявление за поръчка /л. 255/.

Приложена е документацията за участие, касаеща всичките 15 обособени позиции /л. 221/.

На 08.06.2017 г. А. е сключила договор за възлагане на ОП за обособена позиция № 14 с изпълнителя П.-Т ЕАД /л. 200/.

На 03.08.2017 г. до ГД Г., отдел 3. е изпратен контролен лист от м. май 2017 г. – приложение 9-26 от Наръчника за управление и изпълнение на ОПРР 2014-2020 г., съдържащ констатираните съществени нарушения /л. 82 и сл./.

На 14.09.2017 г. УО е изпратил на А. писмо с описание на констатираните нарушения

и й е дал възможност за възражения в 2-седмичен срок /л. 26/.

На 29.09.2017 г. А. е депозирила подробни писмени възражения /л. 134/.

На 11.10.2017 г. и на 30.11.2017 г. са изготвени докладни записки във връзка с приключване на проверка по сигнал за нередност с рег. № 115 /л. 127 и л. 122/. В същите се съдържат подробни мотиви относно констатираните нередности.

От жалбоподателя е приложен документ за извършен предварителен контрол по чл. 19, ал. 2, т. 22 от ЗОП от 08.04.2016 г. /л. 368/. А. е представила и други отговори от различни институции във връзка с отправени запитвания досежно квалификацията на експертите /л. 371 и сл./.

Приложена е заповед от 25.08.2017 г. /л. 24/ за компетентност на Д. Н..

От правна страна съдът намира следното:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент "нередност" 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.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на С. по съединени дела С-260/2014 г. и С-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „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. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет. Съгласно пар. 8, ал. 2 ЗУСЕСИФ приетите от Министерския съвет нормативни актове, които уреждат обществени отношения, предмет на закона, запазват своето действие по отношение на програмния период 2007 г. - 2013 г., в частност такова действие има Методологията за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма "Солидарност и управление на миграционните потоци" /МОФК/.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета 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 /Наредбата за нередности/, в сила от 31.03.2017 г. В пар. 1, ал. 1 от ПЗР на ПМС № 57/2017 г. изрично е вписано, че се отменя Постановление № 134 на Министерския съвет от 2010 г. за приемане на горесцитираната МОФК. Съгл. ал. 2 на същата разпоредба ПМС № 134/2010 г. се прилага до издаването на декларация за приключването и окончателен контролен доклад на програмен период 2007 – 2013 г. за програмите, съфинансирани със средства от Структурните фондове, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма "Солидарност и управление на миграционните потоци" на Европейския съюз или до окончателното затваряне на програмите от Европейската комисия.

В случая няма спор, че се касае за Оперативна програма Региони в растеж 2014-2020 г., което е видно от предмета на ДПБФП и датата на сключването му – 09.05.2016 г., поради което и приложение в настоящия спор намира именно новоприетата с ПМС 57/2017 г. Наредба за нередностите, а не МОФК. Последната е отменена, а с пар. 2 на ПМС 57/2017 г. е удължено действието ѝ единствено по отношение на програмите от програмен период 2007-2013 г.

По отношение на приложимия Закон за обществените поръчки: видно от описаните във фактическата част на настоящото решение документи процесната ОП е открита с решение № 32 от 01.04.2016 г. Действащият ЗОП е обнародван в ДВ, бр. 13/16.02.2016 г., но е в сила от 15.04.2016 г., от която дата е отменен ЗОП, обн., ДВ, бр. 28 от 6.04.2004 г., в сила от 1.10.2004 г., поради което по отношение на процесната ОП намират приложение именно разпоредбите на ЗОП /отм./, както е приел и административният орган.

Относно законосъобразността на атакувания акт:

Атакуваното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ. Същото е издадено от компетентен орган в съответствие с разпоредбите на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията във връзка с чл. 5, ал. 4 и чл. 5, ал. 1, т. 10 от УП на Министерството на регионалното развитие и благоустройството /в сила от 22.08.2017 г./ във връзка с чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ и чл. 9, ал. 1 и ал. 2 от Закона за финансовото управление и контрол на публичния сектор и съобразно горесцитираната заповед от 25.08.2017 г. на Министъра на Р., с която Д. Н. в качеството ѝ на заместник-министър на МРРБ е определена за ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма Региони в растеж 2014-2020 г.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок.

Относно материално-правната законосъобразност на оспореното решение, в частност наличието на констатираното нарушение, съдът намира следното:

Съгласно чл. 25, ал. 5 от ЗОП /отм./ възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка.

Между страните не е спорно, че за специалиста КБЗ е поставено изискване да има професионална квалификация строителен инженер или строителен техник, а това е видно и от съдържанието на т.5.2. б. Д от документацията за участие /л. 238 гръб/.

Съгласно чл. 5 от Наредба № 2 от 22 март 2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи /Наредба № 2/ координаторите по безопасност и здраве трябва да са правоспособни лица с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лицензи, удостоверения и др.

Наредбата дава възможност функциите на координатор по безопасност и здраве за етапа на изпълнението на строежа да се изпълняват освен от нарочно определени за това лица, и от консултанти (за строежи от първа до четвърта категория) или технически ръководители (за строежи от пета категория) /чл. 5, ал. 3/. Съгласно § 1, т. 3 от Допълнителните разпоредби на Наредба № 2, „проектант“, „консултант“ и „технически ръководител“ са лицата, определени в Закона за устройство на територията /ЗУТ/. Съгласно чл. 137, ал. 1, т. 1 от ЗУТ строежът – предмет на процесната ОП, е от 1ва категория. В чл. 166 от ЗУТ са определени функциите на консултанта, като само за функциите на юридическо лице, упражняващо строителен надзор по см. на чл. 166, ал. 1, т. 1 от ЗУТ /какъвто не е настоящият случай/ е предвидено удостоверение съгл. чл. 166, ал. 2 и чл. 167 от ЗУТ. Юридическите лица, упражняващи строителен надзор, съгл. чл. 167, ал. 2, т. 3 от ЗУТ следва в състава си да имат КБЗ.

Съгласно пар. 1, т. 6 от ДР на Наредба № 2 "Координатор по безопасност и здраве за

етапа на изпълнение на строежа" е всяко физическо или юридическо лице, на което е възложено от възложителя и/или от упълномощеното лице да изпълнява задачите, посочени в чл. 11.

Съгласно чл. 16, т. 8 от Наредба № 2 строителят взема предвид указанията, дадени от координаторите по безопасност и здраве, като възлага изпълнението им на отговорни лица в съответствие с нормативната уредба, вътрешните инструкции и документи, вида на строежа, наличието на подизпълнители и др. Разпоредбата на чл. 18, ал. 2 изисква от лицата, самостоятелно упражняващи трудова дейност, и работодателите, лично извършващи трудова дейност на строителната площадка, да спазват изискванията на наредбата с отчитане указанията на координаторите за безопасност и здраве.

Условията и редът за провеждане на обучение и инструктаж по безопасност и здраве при работа са регламентирани с Наредба № РД-07-2 от 16.12.2009 г. за условията и реда за провеждането на периодично обучение и инструктаж на работното място на работниците и служителите по правилата за осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд (ДВ, бр.102 от 2009 г.) – чл. 7 - не по-рядко от веднъж на 2 години и продължителност не по-малка от 6 учебни часа /така в Отговор на МТСП от 2.08.2017 г. във връзка с чл. 16 от Наредба № 2/.

От горните разпоредби следва, че законодателят не е предвидил ограничение в квалификационната степен на лицата, които биха могли да изпълняват длъжността КБЗ. При това положение, незаконосъобразно жалбоподателят е въвел такова ограничение като е предвидил, че на посочената длъжност следва да бъдат назначени единствено лица с квалификация като строителен инженер или строителен техник или аналогична /за лица от други държави/. Макар в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя да е определянето на критериите на ОП, както и самият жалбоподател твърди, същите не са абстрактни. Законосъобразността на действията при оперативна самостоятелност също следва да могат да бъдат проверени от съда – арг. от чл. 169 АПК вр. чл. 4 и чл. 6 от АПК.

След като законодателят не е предвидил ограничения в нормативните актове относно лицата, които могат да заемат длъжността КБЗ, то неоснователно такива са въведени от възложителя, като по този той е ограничил възможността в състава си потенциалните участници да имат назначено лице с друга квалификационна степен, имаща отношение към строителния процес, и с изискуемия специфичен опит.

Настоящият състав намира за законосъобразни изводите на административния орган, че е налице нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП /отм./ Неоснователни са възраженията, че лицето, заемащо длъжността КБЗ следва да изпълнява и други функции, извън предвидените в чл. 11 от Наредба № 2. Това, на първо място не следва от обявлението за ОП, нито от документацията. На следващо място функциите на КБЗ са нормативно определени и не могат произволно да се разширяват. Посочената длъжност е включена и в Заповед № РД01-931 от 27.12.2010 г. за утвърждаване на Национална класификация на професиите и длъжностите, 2011 г. на МТСП, което също потвърждава този факт. Ако е имал предвид друга длъжност, а не КБЗ /тъй като в жалбата се сочи, че било важно съдържанието, а не

наименованието на длъжността/, възложителят е следвало да посочи това изрично.

По отношение на възраженията досежно спецификата на ОП, съдът намира следното: в документацията за ОП възложителят изрично е предвидил специфичен опит на подобна позиция във връзка с ремонт/строителство на пътища, поради което допълнителното стесняване на кръга от лица, които могат да бъдат КБЗ – само такива с квалификация строителен инженер или строителен техник, се явява дискриминационно и ограничаващо.

Във връзка с второто констатирано нарушение, а именно наличието на изискване в документацията за участие /б. Г, л. 238/ Инженер по материалите да е лице с професионална квалификация строителен инженер, специалност Пътно строителство, или Транспортно строителство, или Промислено и гражданско строителство /ПС, ТС или П./, или Строителство на сгради и съоръжения; или инженер химик или аналогична специалност /за образователна степен от чужбина/, съдът намира следното:

На първо място, длъжност „Инженер по материалите“ съгл. Националната класификация на длъжностите и професиите няма. Следователно волята на възложителя следва да се тълкува от поставените за длъжността изисквания. В частност, от изискването за специфичен опит може да се направи извод, че заемащият длъжността ще извършва контрол на качеството и приемане на строителните работи. Такова изискване в нормативната уредба е включено в чл. 15, ал. 1, т. 4, б. „б“ от Закона за камарата на строителите /З./ По-нататък, чл. 15, ал. 1, т. 5 от З. поставя изискване наетият технически персонал да **притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство. Друго законово ограничение не е поставено.**

На следващо място, както законосъобразно е приел УО, контролът на качеството и приемането на строителни работи би могъл да се изпълнява и от лица – строителни инженери от други специалности, като такива са конкретно посочени в атакувания акт /л. 47/, поради което необосновано възложителят, посочвайки само няколко специалности, е ограничил конкуренцията. Действително, както самият той твърди, спецификата на ОП – строителство на републикански път – налага назначаването на лица, извършващи специфични дейности. Доколкото, обаче, тези функции не са предварително и ясно определени /така, както това е направено описателно в жалбата – л. 15 от делото/, съдът счита, че с въвеждането на ограничителни критерии досежно завършените специалности, се ограничава участието на лица в ОП, разполагащи с персонал, който да следи за качеството на строителните работи, но завършил други строителни специалности /посочени примерно в обжалваното решение/.

Твърдението, че тези лица следва да имат специфични знания, свързани със строителството на пътищата, е вярно, но за тази цел е поставено изискването за наличие на конкретен специфичен опит – минимум 2 изпълнени обекта за строителство ... на автомагистрали... пътища ..., както и на общ

професионален опит от 5 години.

На база на гореизложеното, съдът намира, че макар да се касае за специфичен обект – предмет на обществената поръчка, това не дава право на възложителя да въвежда спорните ограничения – по отношение на КБЗ - предвид наличието на законова регламентация на посочената длъжност и липсата на законово ограничение относно професионалната квалификация на заемащия длъжността; а по отношение на инженера по материалите – предвид липсата на предварително и ясно определени функции, които да налагат посоченото ограничение в специалностите, които би могъл да е завършил заемащия длъжността строителен инженер. Още повече, че не е ясно защо възложителят е счел, че инженер-химик би имал по-подходяща образователна подготовка, за да извърши контрол на качеството и приемането на строителни работи, от лице, завършило Технология на материалите, хидромелиоративно строителство или друга сходна специалност. Предварителното ограничение на специалностите би било и пречка за участие на чуждестранни лица в ОП, доколкото доказването на аналогична специалност следва да бъде не само на базата на нейното наименование, а на базата на учебните дисциплини на аналогичната чуждестранна специалност, които следва да са сходни на еквивалентните им специалности ПС, ТС, П.. А в отделните страни-членки на ЕС би могло да има други лица със строително образование, които да са достатъчно квалифицирани да извършват контрол на качеството и приемане на строителните работи, дори и да не са завършили изискваните специалности. Друг е въпросът, че идентични са и изискванията за ръководителя на обекта, който безспорно би следвало също да упражнява контрол на качеството и приемането на строителните работи.

Извършеното 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 вр. чл. 70, ал. 1, т. 10 от ЗУСЕЦИФ във фактическия състав на т. 9 от приложението към чл. 2 от Наредбата за нередностите – налице са неправомерни критерии/изисквания, които възпрепятстват от участие потенциални кандидати. ФК е в минимално предвидения от Наредбата размер – 5 % от допустимите разходи по договора, поради което не са налице предпоставки за ревизиране на така определения процент. Още повече, че в решението са изложени подробни съображения относно определения размер на ФК, който е и минимален.

Следва да се отбележи, че броят на участниците – 3, е относително малък, което сочи, че конкуренцията очевидно не е била голяма, независимо, че законодателят дава възможност да се възложи ОП и при наличието на само един участник.

В горния смисъл е и съдебната практика – напр. Решение № 13280 от 3.11.2017 г. на ВАС по адм. д. № 9076/2017 г., VII о., Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г., 5-членен с-в и решение на С. по дело С-406/14.

Неоснователно е позоваването на практика на АССГ по идентичен казус. Приложеното с молба от 19.03.2018 г. решение на АССГ, 70ти с-в по адм.д. № 299/2018 г. не е влязло в сила, нито е било предмет на съдебна проверка от

ВАС, поради което и настоящият състав няма задължение да се съобразява с така постановеното решение. От друга страна, цитираната в него съдебна практика на ВАС е неотнормима към настоящия спор, тъй като касае различна фактическа обстановка.

Във връзка с възраженията на жалбоподателя за извършен предварителен контрол от А. съдът намира следното:

По отношение на предварителната проверка, извършвана от А. съгл. чл. 19, ал. 2, т. 22 от ЗОП /отм./ е от значение обстоятелството, че съгл. чл. 50, ал. 1 от ППЗОП /отм./ това е **проверка за съответствие на мотивите**, съдържащи се в решението за откриване на процедурата и приложените по случая доказателства. В случая, обект на проверка не са мотивите, а конкретиката на детайлите на ОП, на база на всички събрани по делото писмени доказателства, поради което становището на А. не би могло да бъде обвързващо за съда, още повече, че същото няма и сила на пресъдено нещо. Както е прието в решение № 2160 от 17.02.2014 г. на ВАС по адм. д. № 16123/2013 г. становището на А. във връзка с осъществения предварителен контрол не е обвързващо за органите по преразглеждане на акта на възложителя, тъй като то се изготвя в едностранно и поради тази причина безспорно производство.

Изложеното на още по-силно основание важи и за останалите приложени частни становища от У. и др. Още повече, че в тежест на възложителя е да изготви обявлението и документацията за ОП в съответствие с нормативните изисквания. Предварителната консултация с трети лица не санира допуснатите пропуски от възложителя на ОП.

Липсата на жалби от участниците в ОП във връзка с въведените изисквания не води до извод, че няма нарушение.

Неоснователни са възраженията на А., че като възложител на множество ОП е включил процесните изисквания за КБЗ и инженер по материалите и в други ОП без да има констатирани от УО на ОПРР нередности. Дори и това да е така, съдът счита, че една неправилна практика, не е основание да се счете за законосъобразна само поради прилагането ѝ за продължителен период. Друг е въпросът, че ЗУСЕСИФ е обн. в ДВ на 22.12.2015 г. и макар преди тази дата да имаше предвидена правна възможност за неизплащане на определени суми от УО, то реално това се прилага на практика след приемането на ЗУСЕСИФ.

Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че в административното производство не е доказано процесното нарушение да е довело до неправомерен разход на бюджета на Съюза. От съвместното тълкуване на чл. 2, т. 36 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 С. по дело С-406/14 г./. Няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност /така т. 47 от дело С-465/10 на С., Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г., 5-членен с-в и цитираната в него практика на С./.

Освен определения процент на ФК, за да е законосъобразна наложената финансова корекция трябва правилно да е определена и основата, върху която се налага с оглед правилното определяне на размера на финансовата корекция. Размерът на финансовата корекция се определя като процент върху основата.

В случая основата, от която органът е определил финансовата корекция, са допустимите разходи по засегнатия договор в съответствие с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за нередностите. Трайна е съдебната практика в съответствие с чл. 1, ал. 1, чл. 70, ал. 1 и чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, че може да бъде отменена единствено финансовата подкрепа със средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, като тази подкрепа до скоро не включваше националното съфинансиране.

В конкретния спор атакуваното решение е постановено на 01.12.2017 г. В ДВ, бр. 85 от 24.10.2017 г. са обнародвани изменения на ЗУСЕСИФ. В частност, изменен е чл. 1, ал. 2 от него, като е посочено, че за средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. В пар. 1, т. 8 от ДР на ЗУСЕСИФ е добавена и дефиниция на „национално съфинансиране“. При това положение, съдът намира, че законосъобразно административният орган е определил ФК в размер на 5% от допустимите разходи по процесния договор, който съгл. ДПБФП е финансиран 85% от ЕФРР и 15% от националния бюджет.

С оглед на изложеното решението се явява законосъобразно, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора в тежест на жалбоподателя остават направените от него разноски. Ответникът претендира разноски за адвокатско възнаграждение, представил е доказателства за извършването им, поради което и с оглед материалния интерес на спора жалбоподателят следва да му заплати претендираната сума от 11 874,34 лева съгл. представения списък /л. 381/.

Водим от горното АССГ

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция Пътна инфраструктура срещу решение № РД-02-36-1290/01.12.2017 г., издадено от Заместник-министър и ръководител на управляващия орган на ОПРР, с което е определена финансова корекция в размер на 5% от допустимите разходи по договор от 08.06.2017 г. с изпълнител П.-Т ЕАД на стойност 12 275 464,63 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Агенция Пътна инфраструктура да заплати на МРРБ направените по делото разноски за адвокатско възнаграждение в размер на 11 874,34 лева. Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: