

РЕШЕНИЕ

№ 6892

гр. София, 17.11.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 11 състав,
в публично заседание на 24.10.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Петя Стоилова

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **2295** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, вр. с чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“ /А./ срещу Писмо рег.№ 04-25-99/29.12.2021г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“, с което е наложена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33–21 от 30.08.2011г. с изпълнител Д. „К. - Подкова“, финансиран с БФП в размер на 31 989 546,00лв. без ДДС.

Жалбоподателят обосновава, че оспореният акт е незаконосъобразен, тъй като производството по установяване на нередност и налагането на финансова корекция от страна на Европейската комисия към държава – членка не е производство, в което А. е страна, в решението липсва осъдителен диспозитив, според който А. да е субект на финансова корекция. Няма данни дали въпросното решение на ЕК е влязло в сила, мотивите на писмото са бланкетни и неподкрепени с доказателства. Адресат на акта на ЕК е държавата – членка и той подлежи на изпълнение, като е недопустима нова процедура с нов субект, в лицето на А.. Освен, липсата на основания за налагане на финансова корекция на Агенцията се оспорва и начинът за нейното формиране, както и наличието на нередност, изразяваща се в незаконосъобразни изисквания към кандидатите за изпълнение на обществена поръчка. В случая, възлагащият орган обосновава, според жалбата е аргументирал включването на изискването за наличие на минимален професионален капацитет и опит в документацията със сложността, спецификата и обема на строително – монтажните работи, към които отношение има

изискването за носимоспособност на пътната конструкция от 11,5 тона на ос, за качественото изпълнение на които строителни работи следва да бъдат избрани лица с необходимите технически възможности и капацитет за точното им изпълнение.

В последното съдебно заседание жалбоподателят не изпраща представител.

Ответникът – Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“, чрез процесуален представител оспорва жалбата, препраща към съображенията, подробно развити в отговор по жалбата от 30.03.22г. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

След преценка на събраните по делото доказателства и като съобрази становищата на страните, Административен съд – София-град приема за установено следното:

Между „Агенция Пътна инфраструктура“ и управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт 2007 – 2013г.“ е сключен Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт" 2007 – 2013г. с рег. № ДОПТ-13/30.09.2011г. (лист 133 от делото) за изпълнение на проект: „Път Е-85 (I-5) К. – Подкова“, като БФП за проекта е в размер на 45 400 748,02лева.

Проведена е процедура за избор на изпълнител по обществена поръчка с предмет: Определяне на изпълнител за допълнително проектиране и строителство на обект: „Път Е-85 (I-5) К. – Подкова от км 342+639,41 до км 367+427 и пътна връзка „Ф.“ от км 0+000 до км 2+368, като е сключен договор № РД-33-21/30.08.2011г. с изпълнител Д. „К. – Подкова“ на стойност 31 989 546,00лв. без ДДС.

Във връзка с Решение на Европейската комисия от 27.07.2021г. (лист 29) за отмяна на част от приноса от Кохезионния фонд за оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013г.“ по цел „Сближаване“ в България, в което ЕК е констатирала нарушение на правилата за провеждане на обществена поръчка с предмет „Определяне на изпълнител за допълнително проектиране и строителство на обект: „Път Е-85 (I-5) К. – Подкова от км 342+639,41 до км 367+427 и пътна връзка „Ф.“ от км 0+000 до км 2+368“ е извършена проверка на документацията и от УО на ОП „Транспорт“. Комисията е счела, че при провеждане на процедурата за избор на изпълнител е допуснато нарушение на чл.44, пар.2 във връзка с чл.48, пар.3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО, поради въвеждане на изискване относно минималните технически възможности и квалификация спрямо кандидати – обединения в документацията за проведената обществена поръчка, както следва: „Когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, всеки един от членовете на обединението трябва да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрали и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11,5 тона на ос.“ Комисията е счела, че това изискване е диспропорционално и нарушава цитираните разпоредби на Директивата.

Ръководителят на УО на ОП „Транспорт“ е изпратил до Агенция „ПИ“ уведомително писмо с рег. № 04-25-99/08.11.21г., с което е информирал бенефициента, че установеното от ЕК нарушение представлява нередност и е квалифицирано като такова по приложимото българско законодателство. Нарушението попада под т.10 от Приложение към чл.6, ал.1 „Критериите за подбор не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката“ от 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, приета с ПМС 134/2010г.

Методологията, на основание §1 от ПЗР на Постановление №57/28.03.2017г. за приемане на 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 (в сила от 04.04.2017г.), се прилага до издаването на декларация за приключването и окончателен контролен доклад на програмен период 2007 – 2013г. 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.

Констатираното от ЕК и от УО на ОП „Транспорт“ представлява също и нарушение на разпоредбата на чл.25, ал.5 от Закона за обществените поръчки (отм. ДВ. бр.13 от 16 февруари 2016г.): „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.“

С писмото от 08.11.21г. бенефициентът А“ПИ“ е уведомен, че за констатираното нарушение на Закона за обществените поръчки, предстои да бъде наложена финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключения договор №РД-33-21/30.08.2011г. дадена е възможност за представяне на мотивирано възражение, съгласно чл.13, ал.1, т.2 от Методологията. Същото е постъпило на 16.11.21г., като А“ПИ“ възражава, че не е адресат на решението на ЕК, а негов адресат е Република България, а УО на ОП“Транспорт“ чрез стартиралата процедура по налагане на финансова корекция пререшава спор, който е приключил с издаване на окончателен административен акт от страна на Европейската комисия, адресат на който е държавата – членка. Оспорва и констатираната нередност по същество.

След като е не е приел възражението от 16.11.21г. срещу финансовата корекция за основателно, Ръководителят на УО по ОП“Транспорт 2007 – 2013г.“ с оспореното в настоящото съдебно производство писмо е наложил финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33–21 от 30.08.2011г. с изпълнител Д. „К. - Подкова“, финансиран с БФП в размер на 31 989 546,00лв. без ДДС.

При така установеното от фактическа страна съдът формира следните правни изводи: Жалбата е подадена в срок от лице с правен интерес от оспорването, срещу подлежащ на съдебен контрол индивидуален административен акт и е допустима. Разгледана по същество, тя е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Решението е издадено от компетентен орган, в съответствие с административнопроизводствените правила и при правилно прилагане на материалния закон. Спазена е и целта на закона.

Със заповед № РД-08-414/04.10.2018г. Министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията е оправомощил Г. В. – директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ да изпълнява функциите на ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“.

С решение на Европейската комисия от 27.07.2021г., чийто адресат е Република България е прието, че приносът от Кохезионният фонд за оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013г.“ по цел „Сближаване“ в България се намалява с 8 057

019.15 евро, по съображения, че разходите, съдържащи се в заверен отчет за разходите са неправомерни и не са коригирани от Република България в съответствие с чл. 98 от Регламент № 1083/2006г. Основания за тази констатация са установени нередности в три процедури за възлагане на обществени поръчки, организирани от А., една от които е процесната. Конкретната нередност, която е обоснована по отношение на процесната процедура за възлагане на обществена поръчка, е въведеното изискване спрямо кандидатите - сдружения на физически и юридически лица, всеки член на обединението да докаже, че е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища и/или улици с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос и липсата на обосновка на това изискване въз основа на извънредни обстоятелства.

Съгласно § 8, ал.2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приетите от Министерския съвет нормативни актове, уреждащи обществени отношения, които са предмет на този закон, както и издадените от Министъра на финансите указания за изплащане на безвъзмездна финансова помощ, за верификация и сертификация на разходите, за организация на счетоводния процес, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за приключване на оперативните програми запазват своето действие по отношение на програмния период 2007-2013г. При констатиране на нарушения по възлагане на обществени поръчки по реда на Закона за обществените поръчки по проекти, 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", за програмния период 2007–2013г. е приложима 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“ (Приета с ПМС № 134 от 2010 г., в сила от 13.07.2010г., Загл. изм. – ДВ, бр. 52 от 2014г

В резултат на полученото Решение на ЕК, по реда на чл.12 от Методологията, законосъобразно е започната процедура спрямо Агенция „Пътна инфраструктура“, тъй като органите по чл. 11, ал. 1, т. 1 - 4 са длъжни да предприемат незабавни действия за възстановяване от страна на бенефициентите на неправомерно изразходваните/ изплатените суми, съфинансирани от Европейските фондове, в това число свързаното с тях национално съфинансиране.

Обстоятелството, че процедурата за възлагане на обществената поръчка е била предмет на обсъждане в решение на Европейската комисия от 27.07.2021г., чийто адресат е Република България, като е констатирана нередност в нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки и е приложен чл.99 от регламент (ЕО) №1083/2006, като е намален приносът на Кохезионния фонд за ОП „Транспорт 2007 – 2013г.“ в България, не изключва правомощието на ръководителя на УО за последваща проверка на документацията и за провеждане на производство по налагане на финансова корекция по българското законодателство срещу бенефициента. В този смисъл, развилото се производство, в резултат на което е издаден оспореният пред съда административен акт, не представлява пререшаване на спор, който е приключил с издаването на окончателен административен акт от Европейската комисия. Ето защо

е и без значение дали този акт е влязъл в сила, каквито доводи се съдържат в жалбата. Неоснователно жалбоподателят счита също, че мотивите на писмото са бланкетни и неподкрепени с доказателства. Производството по налагане на финансова корекция е в съответствие и с подписания от него Договор за предоставяне на БФП №ДОПТ -13/30.04.11г. – чл.24, ал.4 вр. с чл.6, ал.1.

Във връзка с извършеното нарушение, чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм. 2016г.) регламентира, че 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. Поставеното от възложителя на обществената поръчка А“ПИ“ изискване, когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, всеки един от членовете на обединението да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11,5 тона на ос“ е ограничително и непропорционално. То нарушава и разпоредбите на чл.44, параграф 2 и чл.48, параграфи 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО.

Действително, при определени обстоятелства от извънреден характер е допустимо да се ограничи правото на участие на всеки икономически оператор при определен от възложителя критерий за подбор, съдържащ изисквания за технически или професионален капацитет. В случая, такива обстоятелства от извънреден характер не се съдържат и не са обосновани в документацията за обществена поръчка. Въпросният критерий не е съобразен с естеството на задачите, които ще се изпълняват от всеки отделен член на обединението и с индивидуалната им техническа компетентност и специализация. Поставеното ограничение би имало смисъл, само ако всички участващи в сдружението лица извършват непосредствената дейност по изграждането на пътя, но не и когато тази дейност се изпълнява само едно или няколко лица, членове на сдружението, които имат подобен опит.

Тъй като е налице соченото от страна на административния орган нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), правилно то е квалифицирано като нередност по т. 10. от Приложение към чл. 6, ал. 1 - Критериите за подбор не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката: Когато минималните изисквания за възможностите на участника или на кандидата за определена поръчка не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката, като по този начин не се гарантира равен достъп на участниците в процедурата или се ограничава конкуренцията за участие в обществената поръчка. Нарушението е от такова естество, че е създадо потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона и не бе поставял подобно изискване за подбор, би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Налице са сочените в решението фактически и правни основания за налагане на финансова корекция, като същата е правилно определена като размер по пропорционалния метод, на основание чл. 9, ал. 2 от Методиката. За посочената нередност е предвиден процентен показател от 25 на сто от стойността на договора, с възможност корекцията да бъде намалена до 10 на сто или 5 на сто в зависимост от тежестта на нарушението, като на жалбоподателя за конкретния договор за обществена поръчка е наложен най-ниският процентен показател.

По изложените съображения, оспореният административен акт е законосъобразен, а жалбата като неоснователна следва да се отхвърли. С оглед изхода на спора, на

основание чл. 143, ал. 3 от АПК, вр. чл. 37 от ЗПП и чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, АССГ, 11 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“ /А./ срещу Писмо рег.№ 04-25-99/29.12.2021г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“, с което е наложена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33-21 от 30.08.2011г. с изпълнител Д. „К. - Подкова“, финансиран с БФП в размер на 31 989 546,00лв. без ДДС.

ОСЪЖДА „Агенция Пътна инфраструктура“ да плати на Министерство на транспорта и съобщенията юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

Решението подлежи на обжалване пред ВАС в 14 дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ: