

РЕШЕНИЕ

№ 5320

гр. София, 09.08.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 15.05.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **908** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ – заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./), вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба Изпълнителна Агенция „Морска администрация“, ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], срещу Решение за определяне на финансова корекция на Ръководителя на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-A Румъния- България 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка № ДОГ – 65/22.12.2020 г. на стойност 809 000,00 лева без ДДС или 970 800,00 лв., сключен с изпълнител „Т. - Р.“ Д..

В жалбата се излагат доводи за немотивираност, неправилност, незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречие с материалноправните разпоредби, несъответствие с целта на закона и поради съществени процесуални нарушения. Релевира доводи, че са спазени всички правила и предпоставки за откриване на процедурата по договаряне, респективно правилата при провеждането ѝ, поради което и няма пречка в договарянето да бъде поканен и само един бъдещ участник. Посочва, че в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП при така предоставената му възможност за договаряне с едно или повече точно определени лица, е необходимо да се установи целта, с която законодателят е създал разпоредбата и с оглед на това какво гарантира нейната законосъобразност. В хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП законодателят е допуснал ограничаване на принципа на публичност, тъй като този принцип е бил

надлежно спазен при първоначалното обявяване на обществената поръчка, но очевидно не се е стигнало до избор на изпълнител. Позовава се на практика на ВАС и СЕС. По отношение на второто твърдяно от НО нарушение, излага подробни съображения, че така подадената справка за специфичен оборот е признат *ex lege* способ за доказване на икономическото и финансовото състояние на кандидатите или участниците, които по закон е сам по себе си достатъчен за удостоверяване на съответствие с изискването за специфичен оборот, поради което е било спазено изискването за специфичен оборот и е спазено необходимото условие по чл. 112, ал.1, т. 2 от ЗОП.

В съдебно заседание Изпълнителна Агенция „Морска администрация“, чрез юр. С. моли решението да бъде отменено. Претендира присъждане на направените по делото разноски и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът- Ръководителят на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г., чрез юр. В., оспорва жалбата и счита жалбата за неоснователна и недоказана. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност намира следното от фактическа страна:

С Решение № 3 - 162 от 09.09.2020 г., от Изпълнителна агенция „Морска администрация“ е открита процедура за възлагане на обществена поръчка чрез открита процедура по чл. 18, ал. 1, т. 1 от ЗОП, по одобрен за финансиране договор за доставка с предмет „Повишаване на транспортната безопасност в общия българо – румънски участък на река Д., чрез подобряване реакция при бедствени ситуации посредством трансгранично сътрудничество“, финансиран по Програма Interreg V-A Румъния- България 2014-2020 г., ROBG 522 - № 100735/05.09.2018 г. Прогнозна стойност на процедурата е 1 629 800,00 лв. без включен ДДС.

С Решение № 3 - 228/19.11.2020 г. на изпълнителния директор на ИА „Морска администрация“, е открита процедура за възлагане на обществена поръчка чрез договаряне без предварително обявление на основание чл. 79 ,ал.1, т. 1 от ЗОП с предмет „Доставка чрез покупка на многофункционални несамоходни плавателни съдове (баржи) за провеждане на аварийно – спасителни дейности на река Д.“ с две обособени позиции: Обособена позиция № 1: „Доставка на несамоходен плавателен съд (баржа) с пристанище на домуване Р.“; Обособена позиция № 2 „Доставка на несамоходен плавателен съд (баржа) с пристанище на домуване Л.“.

С решение № 3 – 216/03.11.2020 г., процедурата е прекратена на основание чл. 110, ал. 1, т. 1 от ЗОП, тъй като в определения срок не е подадена нито една оферта за участие по процедурата, поради което бенефициерът е провел обществена поръчка на основание чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП. Поканата е изпратена до един икономически оператор – „Т. Р.“ Д., с което в последствие на 22.12.2020 г е сключен договор № 65.

До Националния орган по Програма И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г. до Главна дирекция „Управление и сътрудничество“ МРРБ е изпратено Уведомление за съмнение за нередност/измама относно програма И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г., проект „Повишаване на транспортната безопасност в общия българо – румънски участък на река Д., чрез подобряване реакция при бедствени ситуации

посредством трансгранично сътрудничество“ ROBG – 522 с партньор Изпълнителна агенция „Морска администрация“.

На 10.06.2022 г. от МРРБ, е издадено Уведомление за съмнение за нередност, адресирано до ИА „Морска администрация“. В същото е описано, че ИА „Морска администрация“ подава Искане за първо ниво на контрол R 15.1 от 29.04.2022 г. за периода 15.03.2022 г.- 15.04.2022 г. и в процеса на проверката е установено, че в резултат на проведената процедура „Договаряне без предварително обявление“ липсвало мотивирано основание на Бенефициера за избора му на един участник, тъй като процедурата не се отличава с особена специфичност, неотложност или изключителни обстоятелства, което е в нарушение на принципа на чл.2, ал.1, т.2 от ЗОП, както и принципите, заложи в Договора за функционирането на ЕС /ДФЕС/ и по специално свободното движение на стоки, свобода на предоставяне на услуги, осигуряване на свободна конкуренция. Нарушението е квалифицирано по т.11, буква „г“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата и е предложена 25 % финансова корекция. Констатирано е нарушение на чл. 116, ал. 5, т. 2 вр. с чл. 1, т. 7 от ЗОП, като изложените мотиви са за съществено изменени на договора, тъй като с приемането на забавено изпълнение по него, без изпълнителят да бъде санкциониран за това, е променен икономическия баланс на договора за поръчка в полза на изпълнителя по начин, който не е бил представен в първоначалния договор за поръчка. Извършеното нарушение представлява нередност на т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности и е предложена 25 % корекция. Констатирано е и нарушение на чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, тъй като проведената обществена поръчка е възложена без да е установено, че участникът избран за изпълнител отговаря на заложените от възложителя критерии за подбор, касаещи икономическото и финансовото състояние. В мотивите е посочено, че от наличните в досието на поръчката документи не може да се направи извод, че е установено съответствието на избора за изпълнител участник с критерия за подбор относно икономическото и финансовото състояние, поради което и възложителят е задължен да не сключва договор за изпълнение. Констатираното нарушение представлява нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В законоустановения срок не е постъпило възражение в МРРБ. Т. е депозирано след срока с вх. № 99 – 00 – 3 – 167 – 1/13.12.2022 г. в МРРБ в което са изложени подробни аргументи за липса на основание за налагане на финансова корекция, поради липса на нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент /ЕС/ №1303/2013 г. на ЕП и на Съвета.

На 09.01.2023 г. е издадено обжалваното в настоящото производство Решение за определяне на финансова корекция №РД-02-14-3/09.01.2023 г. на Ръководителя на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-A Румъния-България 2014-2020 г., с което на ИЗ „Морска администрация“ е наложена финансова корекция в размер на 25% от стойността на допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по Договор за възлагане на обществена поръчка № ДОГ - 65 от 22.12.2020 г. на стойност 809 000,00 лева без ДДС, сключен с „Т. - Р.“ Д., за нарушение по чл.2, ал.1, т.1, т.2, т.4, вр. чл.79, ал.1, т.1 ЗОП, представляващо нередност, съгласно т. 11, буква „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕИФ

/заглавие изменено ДВ бр. 51 от 01.07.2022 г./ и доп. ДВ. бр. 19 от 6 Март 2020 г.), във връзка с чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и за нарушение на чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал.1, т. 2 от ЗОП – избор на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор, представляващо нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ (изм. И доп. ДВ бр. 19 от 06.Март 2020 г.) във вр. с чл. 70, ал.1, т. 9 и чл. 72, ал. 5 от ЗУСЕФСУ.

По делото е приета административната преписка.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73 ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество е частично основателна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Оспореното решение представлява индивидуален административен акт съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕФСУ и е издадено от компетентен орган. Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Управляващият орган е този, който по смисъла на съответните разпоредби в ЗУСЕФСУ– чл. 60 и сл. и чл. 73 от с.з. издава съответния акт. Съгласно чл. 9, ал. 1 от З УСЕФСУ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните такива. Съгласно ал.5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на УО по ЗУСЕФСУ могат да бъдат упражнявани и от овластено от

него лице. По силата на чл. 3, ал. 1 от Устройствения правилник на министерство на регионалното развитие и благоустройството /приет с ПМС № 171/16.08.2017г., обн. В ДВ бр. 68 в сила от 22.08.2017г./, Министърът на регионалното развитие и благоустройството, наричан по-нататък "министъра", е централен едноличен орган на изпълнителната власт, който провежда държавната политика в областта на регионалното развитие и благоустройството. В чл. 5 от подзаконовия акт са посочени правомощията на министъра, като в т. 1 е визирано, че той провежда държавната политика за: регионално развитие и европейско териториално сътрудничество, а в т. 11, осъществява функции на Национален орган по програма И. V-A Република Румъния - Република България 2014– 2020 г. По силата на чл.13, ал.1 от Устройствения правилник министерството е структурирано в 2 главни дирекции, 15 дирекции, инспекторат и звено за мрежова и информационна сигурност. Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ според чл. 26 от същия подзаконов акт се намира в специализираната администрация на министерството. Разпоредбата на чл. 29, ал.1, от Устройствения правилник гласи, че Дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ изпълнява функциите на Национален орган и Национално звено за контакт по програмата за Трансгранично Сътрудничество Румъния- България 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз (ЕС) и Структурните фондове. Министърът на регионалното развитие и благоустройството е ръководител на администрацията, в рамките на чиято структура се намира Управляващия орган /чл. 25, ал. 1 от ЗА/. По силата на чл.9, ал.1 от Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор (ЗФУКПС), ръководителите по чл.2, ал.2- могат да делегират правомощията си по този закон на други длъжностни лица от ръководената от тях организация, като в тези случаи определят конкретните им права и задължения. На основание раздел Заповед № РД-02-14-789/17.08.2022 г. е определен зам. министъра на регионалното развитие и благоустройството да ръководи и организира дейността на Националния орган по Програмата И. Румъния – България 2014-2020 г. С цитираната заповед на зам. министъра са делегирани правомощията на ръководител на НО по отношение на издаваните актове по ЗУСЕФСУ. Правомощието на министъра на регионалното развитие и благоустройството да делегира своите права произтича от общото му законово регламентирано право да осъществява държавната политика в областта на регионалното развитие и благоустройството и в частност да провежда държавната политика за регионално развитие и европейско териториално сътрудничество, включващо и осъществяване на функции като национален орган по съответните транснационални програми, вкл. по програма И. Румъния– България 2014-2020 г. В заповедта на министъра на регионалното развитие и благоустройството изрично са посочени функциите и правомощията на Националния орган, включващи ръководството и организацията на дейността на програмата, включително и да издава всички актове по ЗУСЕФСУ. Следователно, оспореният акт, е издаден от компетентен орган и акта е издаден в кръга на предоставените му правомощия /Решение № 14079 от 13.11.2020г. на ВАС, Седмо отделение; Решение № 10522/30.07.2020г., постановено по адм. дело № 12420/2019г. на ВАС/.

Решението е издадено в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ.

Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на

бенефициера да представи в посочения срок писмени възражения.

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

Дефиниция на понятието „нередност“ се съдържа в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общоприложими разпоредби на 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, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент /ЕО/ № 1083/2006 на Съвета, а именно "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 последици нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправилен разход в бюджета на Съюза".

Съгласно посочената легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции при определянето на корекциите се вземат предвид: характерът и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение от друга. Тоест стои в причинно- следствена връзка и има/или би имала за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

На основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от 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.

При преценка относно материалната законосъобразност, съдът прави следните изводи:

Програмата И. е програма за междурегионално сътрудничество, финансирана от Европейския фонд за регионално развитие, но осъществявана не на национално равнище чрез оперативните програми, а на регионално ниво в Европейския съюз. Съгласно § 5, т. 4 от ДР на ЗУСЕФСУ, законът се прилага и за програмите за европейско териториално сътрудничество при извършване на финансови корекции, доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях право на Европейския съюз и сключените междудържавни договори. Съгласно § 1, т. 2 от ДР на 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 се прилага за Програмата за сътрудничество И. V-A Румъния – България.

Със Закон за ратифициране на Меморандума за изпълнение – договорености между държавите членки, участващи в Програмата за сътрудничество „И. V-A Румъния – България“ Народното събрание ратифицира Меморандума за изпълнение. Законът е обнародван в Държавен вестник, бр. 16 от 26.02.2016 г. и е в сила от 26.02.2016 г. Съгласно Меморандума за изпълнение – договорености между държавите членки, участващи в Програмата за сътрудничество „И. V-A Румъния – България“ (Меморандума), националният орган (НО), съответстващ на Управляващия орган (УО), с координираща роля за територията на България, е Министерството на регионалното развитие и благоустройството. Между функциите на националния орган – т. 3, б. „к“, е и предотвратяването, откриването и отстраняването на нередностите, допуснати в Република България. Съгласно т. 2.3. от Меморандума, А. Финансови корекции, т. 1. „Всяка страна членка носи отговорност за разследването на нередностите, допуснати от бенефициерите, разположени на нейна територия. Страната членка налага финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени по проектите или програмата. Финансовата корекция се състои в отмяна на част или на цялата сума на публичните средства, разплатени по отделен проект или по програмата.“. Съгласно т. 4 от правомощията на Националния орган, той гарантира, че е създаден ефективен механизъм за разглеждане на жалби, отнасящи се до отпуснатите средства по програмата.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата подкрепа със средствата на Европейските фондове при споделено управление може да бъде отменена чрез наложена корекция само на някои от лимитативно посочените правни основания. Финансовата корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ се налага 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 ЕФСУ.

Разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т.4 от ЗОП въвеждат императивното правило обществените поръчки да се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 4. публичност и прозрачност

Правният спор се свежда до това дали проведената процедура по реда на **чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП** с един поканен участник противоречи на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 от ЗОП.

Конкуренцията представлява онези обществени отношения на свободното и добросъвестно съревнование между автономни стопански субекти търсещи или предлагащи определени стоки и услуги, при което те взаимно ограничават възможностите си едностранно да влияят върху условията на съответния пазар и се стимулират към организацията на стопанската си дейност водеща до оптимално повишаване на производителността, качеството и печалбата и са ориентирани към интересите на потребителите.

Съгласно чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП, публичните възложители могат да прилагат процедура на договаряне без предварително обявление, когато при открита или ограничена процедура не са подадени оферти или заявления за участие, или всички подадени оферти или заявления за участие са неподходящи и първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени.

В случая е установено несъмнено наличието на визираните в цитираната разпоредба предпоставки за стартиране на процедура по облекчения ред, тъй като не са подадени оферти.

Процесната процедура- "договаряне без предварително обявление" е регламентирана в чл. 18, ал. 1, т. 8 от ЗОП. Нормата на чл. 18, ал. 7 от ЗОП изрично сочи, че при процедурите на договаряне по ал. 1, т. 8 - 10 и 13, възложителят провежда преговори за определяне на клаузите на договора с едно или повече точно определени лица. От съдържанието на нормата е видно, че не е въведена изрична забрана за отправяне на покана само до един участник в рамките на тази процедура, а е предвидена възможност възложителят, в границите на своята оперативна самостоятелност, да провежда преговори с едно или повече точно определени лица. Следователно, в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП законодателят е приел за допустимо ограничаването на принципите, при които би следвало да се проведе обществената поръчка, защото факти и обстоятелства стоящи извън властта на възложителя са създали обективна ситуация, при която той не би могъл да осъществи поръчката, т.е. да задоволи съответния публичен интерес. В хипотезата на точка 1 предметът на обществената поръчка сам по себе си е без правно значение, както и факта дали този предмет обективно би могъл да се изпълни и от друг - непоканен, икономически оператор. Дали предметът на обществената поръчка може по

принцип да се изпълни и от друг оператор е релевантен въпрос в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 3 от ЗОП, но там той е елемент на фактическия състав, при чието осъществяване е допустимо провеждането на процедура на договаряне без предварително обявяване.

Ако в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП, на базата на потенциалната възможност предметът на поръчката да може да бъде изпълнен и от други икономически оператори, се преценява спазването на принципа на свободната конкуренция, във всеки един момент би могло да се констатира нарушаването му, когато възложителят е поканил например само двама от потенциалните двеста икономически оператори, които могат да изпълнят поръчката. Такава правна несигурност- липса на нормативно установени изисквания и/или критерии, законодателят нито изрично, нито имплицитно дефинира или допуска, защото е преценил, че функциите на публичността - да бъдат уведомен потенциалните икономически оператори и техните конкуренти за обществената поръчка, т.е. да се създаде конкурентна среда, е изпълнена и не е необходимо да бъде отново повтаряна. Не съществува също нито изрично, нито имплицитно задължение на възложителя да обосновава защо отправя покана само до един и то точно избрания икономически оператор (Решение № 10157 от 23.07.2020 г. по адм. д. № 3796/2020 г., VII отд. на ВАС).

В случай, че законодателят считаше, че за гарантиране на принципите на закона в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП е необходимо възложителят да отправи покана до повече от един икономически оператор, той би го регламентирал изрично. Следователно, именно спазването на законово определените, изключително конкретни хипотези, при които е допустимо тази процедура да бъде проведена, е основание да се приеме редът за законосъобразен, а не броят на поканените икономически оператори. Законодателят е приел, че спазването на принципа на свободната конкуренция в тази хипотеза по обективни причини не е в обем, в който е при откритите процедури или при процедурите на публично състезание, поради което не може действията на възложителя да се преценяват чрез преценка на броя на поканените икономически оператори, определен на основата на потенциалната възможност за изпълнение на предмета на поръчката.

Относими към предмета на спора са поставените въпроси и дадените по тях разрешения с Решение от 16 юни 2022 г. по дело С-376/21 г. тълкуване на чл. 32, § 2, б. "а" от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24/ЕС/Директивата), чиито норми са транспонирани в националното законодателство със ЗОП, вкл. и с приложимите към настоящия казус разпоредби. Разглеждайки проявлението на принципите за равнопоставеност, осигуряване на конкуренция и недискриминация, посочени в чл. 18, § 1 Директивата, в контекста на процедурата по договаряне без предварително обявление по чл. 32, СЕС е приел, че чл. 32, § 2, б. "а", вр. чл. 18, § 1 Директива 2014/24/ЕС трябва да се

тълкува в смисъл, че в рамките на процедура по договаряне без предварително обявление възлагащият орган може да покани само един икономически оператор, когато тази процедура възпроизвежда без съществени изменения първоначалните условия на поръчката, посочени в преходна открита процедура, която е била прекратена, т. к. единствената подадена оферта е била неподходяща, и въпреки че предметът на съответната поръчка не се отличава със специфики, които обективно да налагат изпълнението да бъде възложено само на този оператор. Както и СЕС е отбелязал в решението си, в тези процедури законодателят изначално е предвидил своеобразно ограничаване на основните принципи на свободна конкуренция, равнопоставеност и недискриминация, което се обяснява с логиката, че прекратената процедура и последвалата я такава следва да се разглеждат като едно цяло, а в този смисъл и доколкото осигуряването на горните принципни начала е съобразено при провеждането на първата, не може да се приеме, че заинтересуваните правни субекти са били възпрепятствани да участват в поръчката като цяло. Бездействието на икономическите оператори, които не са положили дължимата грижа и не са заявили участието си в рамките на първоначалната процедура, не може да поражда задължение за възложителя да ги покани на преговори в хода на ограничената процедура по възлагане. Те са могли да подадат офертата си и в този смисъл да се ползват от регламентираният принципи на равнопоставеност, осигуряване на конкуренция и недискриминация. Именно за да се задоволи в крайна сметка интересът на възложителя, което очевидно не се е случило в първоначалната процедура поради несъответни на изискванията му оферти, законодателят е допуснал изключение от общите принципи, позволявайки при възлагането на поръчка с аналогични характеристики да се премине директно към преговори с конкретни икономически оператори (респ. конкретен икономически оператор). Противопоставянето на основните изисквания за равнопоставеност, недискриминация и свободна конкуренция с преследваната цел да се удовлетворят нуждите на възложителя, което дори при спазването на предписанията на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и ал. 2 ЗОП не се е случило, е намерило своето естествено проявление в установената в чл. 18, ал. 7 с. з. нормативна възможност. Нещо повече - съгласно чл. 36, ал. 1, т. 1 ЗОП, решението за откриване на процедурата, без значение от вида ѝ, се публикува в Регистъра на обществените поръчки (Р.) и по аргумент от чл. 22, ал. 1, т. 1, вр. ал. 9 ЗОП представлява индивидуален административен акт, подлежащ на самостоятелен съдебен контрол за законосъобразност, което гарантира защитата на заинтересуваните лица от нарушения при избора на процедура. В този смисъл, ако някой правен субект счита, че възложителят е избрал погрешно вида на процедурата, има възможност да оспори волеизявлението, с което това е сторено, на всички основания по чл. 146 АПК.

В процесния казус процедурата по **чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП** е законосъобразно проведена и не е налице нарушение на националното право и правото на Съюза. Разпоредбата допуска провеждането на процедура на договаряне без

предварително обявление в случаите, когато при открита или ограничена процедура не са подадени оферти или заявления за участие или всички подадени оферти или заявления за участие са неподходящи и първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени. (Решение № 5498 от 26.05.2023 г. по адм. д. № 11873/2022 г., VII отд. на ВАС).

Във връзка с изложеното, ведно с тълкуването, дадено от СЕС, обосновават неправилност на извода на административния орган за нарушение на чл.2, ал.1, т.1, т.2, т.4, вр. чл.79, ал.1, т.1 ЗОП.

Противно на твърдяната от ответника теза, евентуалните специфики на предмета на поръчката не са сред фактите, предопределящи приложението на чл. 18, ал. 7, предл. 1-во ЗОП. Обратен краен извод не следва и от буквалния прочит на чл. 64, ал. 1 ППЗОП. Съгласно предписанието на цитираната разпоредба, в решението за откриване на процедура по чл. 18, ал. 1, т. 8 – 10 и т. 13 ЗОП възложителите посочват и лицето, с което възнамерява да сключи договор, или лицата, които ще бъдат поканени за участие в преговорите, освен в случаите по чл. 79, ал. 1, т. 7 и 8, чл. 138, ал. 1, т. 2, чл. 164, ал. 1, т. 9 и 10 ЗОП, както и в случаите по чл. 182, ал. 1, т. 3 ЗОП. Множественото число на използваната дума във втората хипотеза категорично не представлява индиция за волята на законодателя да задължи възложителя да покани повече от едно лице в преведената от Възложителя процедура. Терминът съвместява двете възможности съгласно чл. 18, ал. 7 ЗОП, като липсата на конкретизация, че в първата хипотеза на ал. 7 в решението се посочва "лицето", а не "лицата", не променя това заключение, т. к. логиката позволява правилно тълкуване на разпоредбата.

По изложените съображения не е налице твърдяното в акта за определяне на финансова корекция нарушение. Безпредметно се явява в този смисъл и обсъждането на дадената правна квалификация на нередността по т. 11, буква „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /заглавие изменено ДВ бр. 51 от 01.07.2022 г./ и доп. ДВ. бр. 19 от 6 Март 2020 г.).

С оглед извода за липса на вменено нарушение на бенефициера се явява безпредметен анализът на третия елемент на фактическия състав на понятието за "нередност" по смисъла на Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими 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, а именно – вредата.

По отношение на нарушението – определяне на изпълнител, който не отговаря на поставените условия, в нарушение на **чл. 107, т.1** и **чл. 112, ал.1, т. 2** от ЗОП и определен размер на финансовата корекция по т. 14 от Приложение № 1 към Наредбата за нередности.

Видно от фактите по делото е, че е имало изискване към икономическото и финансовото състояние на участниците, а именно „Участникът следва да има резлизиран оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база последните три приключили финансови години (2017 г., 2018 г. и 2019 г.) в зависимост от датата на която е създаден или е започнал дейността, като конкретно за Обособена позиция № 2 изискуемият размер е 814 000,00 лв. В първоначално представените от участника ЕЕДОП (за обединението и за единия от двамата съдружника в обединението – Т. 5: ЕООД) е деклариран общ, вместо специфичен оборот, попадащ в обхвата на поръчката, както следва; за 2017 г. – оборот 270 836 лв., за 2018 г. – оборот 262 257 лв. и за 2019 г. – оборот 285 582 лв. В Протокол № 1 от работата на оценителната комисия това несъответствие е констатирано и на участника е била предоставена възможност да представи допълнителна информация или документи, с които да се удостовери, че отговаря на поставените критерии. След като не са били представени такива, оценителната комисия е отстранила участника и е прекратила процедурата поради липса на други оферти. В следствие е изпратена покана до същия икономически оператор, подал единствената оферта в първата процедура. От представените ЕЕДОП (за обединението и съдружника „Триест 5“ ЕООД) за участие във втората процедура – на договаряне, участникът е декларирал специфичен оборот, както следва; за 2017 г. – оборот 270 836 лв., за 2018 г. – оборот 262 257 лв. и за 2019 г. – оборот 285 582 лв. След извършена съпоставка на декларираните данни в ЕЕДОП по процедурата на договаряне с тези, декларирани от участника в прекратената открита процедура, е установено, че заявените данни са идентични, тъй като вече са били заявени като общ оборот в предходната процедура, а в процедурата на договаряне са заявени като оборот от сходни дейности, т. е. като конкретен (специфичен) оборот каквото е било и изискването на възложителя. Декларираният от участника оборот от сходни дейности е общо 818 675,00 лева, като надвишава съвсем малко поставеното минимално изискване по обособената позиции за оборот от 814 000,00 лв. НО е посочил, че съдружникът „Триест 5“ ЕООД, чрез който именно съдружник участникът – обединение доказва съответствието си с критериите за подбор относно реализирания специфичен оборот, няма интернет страница, от която да може да се установи каква е конкретната дейност на дружеството, доколкото вписаният в търговския регистър предмет на дейност е доста широк и всеобхватен и не индикира на специфичен опит в сходни на поръчката дейности. Посочил е още, че към датата на изготвяне на решението на органа в Търговския регистър не са публикувани всички съставни части на годишните финансови отчети на съдружника „Триест 5“ ЕООД, а са били оповестени единствено частите,

касаещи баланса за 2017 г., 2018 г. и 2019 г., но не са публикувани отчетите за приходите и разходите, от които да се установи общия оборот. Същевременно, според чл.107, т.1 от ЗОП, освен на основанията по чл.54 и чл.55 от ЗОП, възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор. В случая се установява, че в подадената от участника "Триест 5" ЕООД и другия съдружник „Х.“ документация за участие са декларирали в ЕЕДОП по двете проведени процедури заявените данни са идентични, тъй като са декларирани са суми и като общ и като специфичен оборот. От представените към преписката документи това обстоятелство не се установява. От страна на „Триест 5“ ЕООД са предоставили в Търговския регистър за публикуване единствено баланси като част от ГФО за съответната година, но не и Отчети за приходите и разходите, от които да може да се направи съпоставка с декларирания общ оборот и съотнасянето му към специфичния такъв, деклариран именно за целите на участие в процедурата. Съгласно § 2, т. 66 от Допълнителните разпоредби (ДР) на ЗОП, "годишен общ оборот" е сумата от нетните приходи от продажби. В т. 67 от същия параграф "оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката" е определен като сумата, равна на частта от нетните приходи от продажби, реализирана от дейност, попадащи в обхвата на обществената поръчка. В конкретния случай, както правилно е отбелязал и УО, помощният орган на възложителя не е изискал от "Д. „Г. – ремонтстрой“ документ за доказване на икономическо и финансово състояние, а именно официална справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката. Дружеството е представило справка за оборотите, която обаче не е носител на изисканата информация за реализирани приходи в сферата, попадаща в обхвата на поръчката и в тази връзка настоящата инстанция не приема възраженията на жалбоподателя за неправилност на констатацията, че освен ГФО е следвало да се представи справка за общия оборот. Съгласно чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП при сключване на договора, избраният за изпълнител следва да представи документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор. При подписване на договора са представени списък с изпълнени сходни доставки, като са представени като доказателства справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, от които обаче не може да се установява, че стойността на извършената доставка не отговаря на поставения критерий за подбор, поради което е следвало да отстрани участника от по – нататъшно участие в процедурата. Съгласно чл. 107, т. 1 ЗОП възложителят отстранява от процедурата кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията. Следователно, в случая е било налице основание за отстраняване заради несъответствия, но вместо това този участник е определен за изпълнител, макар неговото предложение да не

отговаря на предварително зададените от възложителя критерии. Допускането на участник, който не отговаря на критериите, поставени от възложителя за избирането му за изпълнител, безспорно представлява нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП и чл.112, ал. 1, т. 2 от с.з., както е приел УО. Ето защо правилно УО е определил в оспореното решение, че са налице нарушения на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 във връзка с чл. 107, т. 1 ЗОП. Нарушенията засягат договор, сключен по проведената обществена поръчка. Органът законосъобразно е подвел нарушенията като нередности по т. 14 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като за изпълнител е определен участник, който не отговаря на поставените от възложителя критерии за подбор.

Към релевантния момент за нередността по т. 14 финансовата корекция е в размер на 25%. По отношение договорите, засегнати и от нередността по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата, спазвайки принципа за некумулиране, заложен в чл. 7 от Наредбата, е определил обща финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договора. Ето защо съдът намира, че правилно е определен, както размера на финансовата корекция, така и основата ѝ.

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

По изложените съображения, съдът намира, че следва оспореният административен акт в тази му част да бъде потвърден.

С оглед изхода на спора право на разноски притежават и двете страни в процеса, които своевременно са ги претендирали. И двете страни в процеса претендират разноски за юрисконсултско възнаграждение, като такова им се дължи, съразмерно на уважената респ. отхвърлената част на жалбата на чл. 78, ал. 8 (Изм. – ДВ, бр. 8 от 2017 г.) от ГПК, вр.чл.144 от АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в общ размер от 200 лв. /за всяка една от страните по 100 лева, за процесуално представителство/. От страна на ИА „Морска администрация“ са поискани и сторените разноски по делото за заплатена държавна такса в размер на 1 700 лв., която с оглед изхода на делото съдът я определя на 850 лв. С оглед на това и по компенсация на жалбоподателят с оглед изхода на делото, следва се присъдят разноски съразмерно на уважената част от жалбата разноски в размер на 850 лв. за заплатена държавна такса.

Във връзка с гореизложеното Административен съд София- град, III отделение, 7-ми състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Изпълнителна Агенция „Пътна инфраструктура“, „Морска администрация“, ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], срещу Решение за определяне на финансова корекция на Ръководителя на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество И.-V-А Румъния- България 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка № ДОГ – 65/22.12.2020 г. на стойност 809 000,00 лева без ДДС или 970 800,00 лв., сключен с изпълнител „Т. - Р.“ Д. за нарушение на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП и определен размер на финансовата корекция по т.11, буква „г“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Изпълнителна Агенция „Пътна инфраструктура“, „Морска администрация“, ЕИК:[ЕИК] за нарушение на чл. 107, т.1 и чл. 112, ал.1, т. 2 от ЗОП и определен размер на финансовата корекция по т. 14 от Приложение № 1 към Наредбата за нередности.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството, да заплати на Изпълнителна Агенция „Морска администрация“, със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], сума в размер на 850 лева за заплатена държавна такса.

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

СЪДИЯ: