

РЕШЕНИЕ

№ 429

гр. София, 17.01.2019 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 28.11.2018 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Гергана Мартинова , като разгледа дело номер **8864** по описа за **2018** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл.145 и следващи от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на [община], представлявана от кмета И. Г., срещу Решение № РД-02-36-844 от 23.07.2018 г. на заместник министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., с което на основание чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017г., в сила от 31.03.2017 г. е определена финансова корекция в размер на 5% от разходите по договор от 26.05.2016г. с изпълнител Т.-И. Е. на стойност 119 815,92лв. без ДДС, по обособена позиция №2 „Извършване на обследване на сгради за установяване на технически характеристики, свързани с изискванията по чл. 169, ал.1, т.1-7 и ал.3 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/ и изготвяне на технически паспорти съгласно чл. 176а от ЗУТ на жилищни и административни сгради на територията на [населено място], по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020“. Изчислената финансова корекция е в размер на 1 382,95 лв. с ДДС, като е изчислена върху стойността на допустимите разходи по договора в размер на 27 659,04 лв. с ДДС.

Жалбоподателят излага твърдение, че решението не е издадено при спазване на изискуемата процедура, тъй като след издаване на решението по чл. 14, ал.1 от Наредбата и преди изпращането на покана за доброволно изпълнение на установената по основание и размер финансова корекция, УО не е издал друг нарочен акт, с който

да установи корекцията по основание и размер. Сочи, че решението за регистриране на нередност и решението за определяне на финансова корекция са определени в един административен акт. Твърди, че във връзка с налагането на финансовата корекция не са изискани писмени обяснения от [община] по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, поради което счита че обжалваният акт е издаден без да е спазена предвидената по закон процедура. На следващо място сочи, че решението не е издадено в изискуемия едномесечен срок от представяне на възраженията в нарушение на чл. 73, ал.3, предл. първо от ЗУСЕСИФ. Излага твърдение, че решението е незаконосъобразно, тъй като е издадено при неспазване на установената форма, като същото не е мотивирано в съответствие с изискванията на закона в нарушение на чл. 73, ал.3 предл. 2 и предл. 3 от ЗУСЕСИФ. Сочи, че в решението не са посочени правните и фактически основания за издаването му, а от друга страна в мотивите не са обсъдени представените възражения. Счита, че решението не сочи правното основание, въз основа на което се налага финансова корекция. Излага подробни доводи за незаконосъобразност на оспореното решение като издадено в противоречие с материалния закон. Твърди, че УО не посочва какво е финансовото отражение на твърдените от него нарушения, както и не посочва налице ли е установен размер на финансовите последици от нарушението. Излага подробни аргументи по всяко едно твърдяно от УО нарушение. Твърди, че размерът на финансовата корекция е некоректно и незаконосъобразно определен, като счита, че следва да се приложи нулева ставка или по-ниска ставка от определената в решението. Оспорва и размерът на основата, от която е определена финансовата корекция, като счита за неправомерно в размера да се включва ДДС. Сочи, че в нарушение на чл. 71, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, по същия договор с твърдения за идентични нарушения са наложени още три финансови корекции, за което са издадени още три решения. Изразява искане обжалваното решение да бъде изцяло отменено. Алтернативно е заявено искане решението да се отмени и да се укаже на административния орган да приложи нулева ставка. Претендира направените по делото разноски за адвокатско възнаграждение.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв. Банкова, която поддържа жалбата и заявените с нея искания. Представя писмени бележки. Претендира адвокатско възнаграждение.

Ответникът – заместник министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., Министерство на регионалното развитие и благоустройството, чрез юр. Л. оспорва жалбата и изразява искане същата да бъде отхвърлена като неоснователна. Представя писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София град, в настоящия състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Предмет на оспорване в настоящото производство е Решение № РД-02-36-844 от 23.07.2018 г. на заместник министър на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., с което за констатирани нередности е определена финансова корекция в размер на 5% от разходите по договор от 26.05.2016г. с изпълнител Т.-И. Е. на стойност 119 815,92лв. без ДДС, по обособена позиция №2 „Извършване на обследване на сгради за установяване на технически характеристики, свързани с изискванията по чл. 169, ал.1, т.1-7 и ал.3 от Закона за устройство на територията

/ЗУТ/ и изготвяне на технически паспорти съгласно чл. 176а от ЗУТ на жилищни и административни сгради на територията на [населено място], по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020“. Изчислената финансова корекция е в размер на 1 382,95 лв. с ДДС, като е изчислена върху стойността на допустимите разходи по договора в размер на 27 659,04 лв. с ДДС.

Не е спорно между страните, че между Министерство на регионалното развитие и благоустройство – Управляващ орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 и [община] в качеството на бенефициент е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 BG16RFOP001-2.001 „Енергийна ефективност в периферните райони“ № РД-02-37-236/01.11.2016 г. /л.190 – л.205/. По силата на цитирания договор ръководителят на УО предоставя на Бенефициента безвъзмездна финансова помощ (100%) в максимален размер до 1 057 537,80 лв.

Във връзка с цитирания договор [община] е обявила открита процедура за възлагане на Обществена поръчка с предмет „Обследване за енергийна ефективност и сертифициране по чл. 48 от Закона за енергийна ефективност и обследване на сгради за установяване на техническите характеристики на жилищни и административни сгради на територията на [населено място] по ОП Региони в растеж 2014-2020“ с 2 обособени позиции. По обособена Позиция 1 [община] е сключила договор от 26.05.2016 г. с изпълнител Т. И. Е. на стойност 119 815,92 лв. без ДДС с предмет „Обследване за енергийна ефективност и сертифициране по чл. 48 от Закона за енергийна ефективност на жилищни и административни сгради“. По Позиция 2 [община] е сключила договор от 26.05.2016 г. с изпълнител Т. И. Е. на стойност 119 815,92 лв. без ДДС с предмет „Извършване на обследване на сгради за установяване на техническите характеристики, свързани с изискванията по чл. 169, ал. 1, т. 1-7 и ал. 3 от ЗУТ.

Производството по администриране на нередност пред УО е започнало по подаден сигнал с рег. № 333, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в ГД „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ Министерство на регионалното развитие и благоустройство на РБ, в който се твърди, че възложителят е поставил ограничителни изисквания в документацията за участие, подробно разгледани по-долу в решението. Сигналът е подаден във връзка с осъществен предварителен контрол преди верификация от външен изпълнител.

Извършена е проверка, обективирана в Доклад с изх. № 91-П-133/18.04.2018 г. /л.227-л.233 по делото/, в който е дадена класификация на извършените нередности и е отправено предложение до УО да стартира процедура по чл. 73 от ЗУСЕСИФ, да определи една финансова корекция в размер на 10% и да уведоми [община] относно твърденията в сигнала и за правото в срок от две седмици да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция.

С писмо изх. № 99-00-6-400(3)/24.04.2018 г. /л.234 и следващите по делото/ [община] е уведомена за регистрирания сигнал за нередност №333, като е даден срок от 2 седмици да представи бележки и възражения по констатациите и предвидената финансова корекция от 10% в съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

От [община] с писмо изх. № 0404-47(1)/08.05.2018г. е подала бележки и възражения/л.242 – л.246/, в които са изложени подробни мотиви за липса на твърдените нарушения.

Относно първото твърдяно нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП/отм./, във вр. с чл. 2, ал.

1, т.3 от ЗОП/отм./, изразяващо се във въведено изискване за наличие на валидна поименна застраховка „професионална отговорност в проектирането“, жалбоподателят е изложил становище, че съгласно разпоредбата на чл. 176в от ЗУТ: „Обследването на строежите се извършва от консултант, получил удостоверение по реда на наредбата по чл. 166, ал. 2, или от проектант от различни специалности с пълна проектантска правоспособност“. Съгласно чл. 160, ал. 1 от ЗУТ, „участници в процеса на строителството са възложителят, строителят, проектантът, консултантът, физическото лице, упражняващо технически контрол за част „Конструктивна“, техническият ръководител и доставчикът на машини, съоръжения и технологично оборудване“. От цитираната разпоредба е видно, че лицето проектант е задължителен участник в процеса на строителството. Разпоредбата на чл. 162 от ЗУТ предписва, че „проектант е физическо или юридическо лице, включващо в състава си физически лица, притежаващи необходимата проектантска правоспособност“. Предвид изложеното жалбоподателят счита, че за да упражнява законосъобразно дейността си, лицето проектант следва да има сключена валидна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“. Това изискване е условие за законосъобразно извършване на дейността и покритие на отговорността на проектанта при вреди, нанесени от негова незаконосъобразно извършена дейност. Застраховката винаги е поименна. [община] излага твърдение, че изискването на Възложителя за наличие на поименна застраховка, означава участникът да декларира наличието на валидна такава, като Възложителят не е посочил, същата следва ли да бъде поименна за физическото лице, проектант или за юридическо лице - консултанта, тъй като към датата на откриване на процедурата Възложителят няма как да предвиди, дали експертите, с които участникът ще покрие критериите за подбор са физически лица на трудов договор или друг гражданско правен договор при консултанта по чл. 166, ал. 1, т. 1 от ЗУТ. Жалбоподателят счита, че поставеният критерий за подбор за наличие на поименна застраховка означава, че ако участник в обособена позиция 2, е консултант по чл. 166, ал. 2 и участва в обществената поръчка със списък от лица, само на трудов договор, същата ще бъде приета за поименна, тъй като покрива отговорността на всички лица, с които доказва съответствието си с критериите за подбор и участникът няма да бъде отстранен. Ако участникът е консултант по чл. 166, ал. 2, и участва в обществената поръчка със списък от лица, част от които са на трудов договор, а други са на граждански, застраховката на консултанта ще бъде поименна за лицата на трудов договор, а за останалите, които са на граждански договор, участникът ще трябва да представи поименни застраховки. Във възраженията е посочено още, че когато юридическо лице сключва застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“ към същата застрахователя издава допълнителен списък - добавък, в който са посочени физическите лица, ползватели на застраховката, което е условие за доказване на критериите за подбор и в процесната процедура се декларира в образец № 7. Това е така, защото дейността на проектантите се извършва с личен труд и тяхната отговорност е лична и застрахователят застрахова задължително тяхната дейност. Жалбоподателят твърди, че не е създал необоснована тежест върху потенциалните участници по чл. 166, ал. 2 в обществената поръчка, така както изискването за поименна застраховка е в пълно съответствие с Наредба за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството, Приета с ПМС № 38 от 24.02.2004 г. В допълнение [община] сочи, че, нито един участник не е отстранен на основание, липса на поименна застраховка, дори такива,

които само в декларативна форма са го посочили в образец 7.

Относно второто твърдяно нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП/отм./, във вр. с чл. 2, ал. 1, т.3 от ЗОП/отм./, изразяващо се във въведено изискване за наличие на пълна проектантска правоспособност без да е предвиден еквивалент за потенциални чуждестранни участници, жалбоподателят е изложил становище, че на стр. 25 и 26 от ДУ след всички критерии за технически възможности е записано „Чуждестранните участници доказват регистрацията си в професионален или търговски регистър в държавата, в която са установени или представят декларация или удостоверение за наличието на такава регистрация от компетентните органи съгласно съответния национален закон“. Сочи, че изискването за наличие на валидни удостоверения за пълна проектантска правоспособност е изискване посочено в нормативен акт. Съгласно чл. 167. ЗУТ - удостоверение за извършване на дейностите по чл. 166, ал. 1, т. 1 се издава на лице, което е търговец по смисъла на Търговския закон или е регистрирано в друг публичен регистър в държава - членка на Европейския съюз, или в друга държави страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство. Жалбоподателят твърди, че срокът за признаване на ППП за чуждестранни лица съгласно чл. 11 от Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране и приетата наредба към него е 3 месеца, а съгласно чл. 41, ал. 4 на ЗОП /отм./ Възложителят сключва договора за обществена поръчка в едномесечен срок след влизане в сила на решението за определяне на изпълнител. Предвид изложеното жалбоподателят е посочил, че чуждестранен участник не би имал фактическото време, според българското законодателство, за да бъде призната в РБългария неговата правоспособност освен ако чуждестранните участници своевременно са се снабдили с валидни удостоверения за ППП, в случай, че желаят да участват в процедури за възлагане на обществени поръчки по ЗОП. Жалбоподателят счита, че соченият от Възложителя критерий за подбор не ограничава участието на лица в обществената поръчка, както и не дава предимство на едни или други участници в процедурата. Допълнително сочи, че нито един от участниците в процедурата не е поискал удължаване на срока за подаване на оферти, както и че в обществената поръчка не са участвали чуждестранни юридически лица.

Във връзка с приключване на проверката по сигнал за нередност №333 е издадена Докладна записка изх. № 99-00-6-400(6)17.07.2018 г./л.247 – л.252/, в която констатациите от предходния доклад са преповторени, но е предложено финансовата корекция да бъде в размер на 5% от всички реално извършени и допустими за верифициране разходи по договора с изпълнител. Няма данни дали бенефициента е информиран за изготвения доклад.

С писмо изх. № 99-00-6-400(9)/23.07.2018 Министерство на регионалното развитие и благоустройство е изпратило до [община] обжалваното в настоящото производство Решение №РД-02-36-844/23.07.2018г., връчено на 25.07.2018 г. /видно от обратната разписка на л.255 по делото/. Решението е издадено извън срока по чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. В съдържанието на обжалвания акт буквално в първо лице са възпроизведени /сканирани/ наведените от жалбоподателя възражения, но същите нито са обсъдени, нито са изложени никакви мотиви защо не се приемат от УО. Изложено е единствено едно бланкетно изречение, че „УО не приема възражението, тъй като в него липсват нови факти и обстоятелства, които следва да бъдат коментирани“.

Видно от съдържанието на обжалваното решение, Управляващият орган е сезиран със

сигнал за нередност, изразяващ се в поставеното от възложителя изискване, предложените от участника експерти от екипа за изпълнение на поръчката да притежават валидна поименна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството. Подателят на сигнала е изложил мотиви, че условието застраховката да бъде поименна е ограничаващо, тъй като изключва участниците, които могат да докажат наличие на застраховка професионална отговорност, сключена на името на предприятието - оферент, която обхваща и отговорността на служителите на предприятието. С оглед на изложеното, подателят на сигнала заключава, че така въведеното условие е в противоречие на разпоредбата на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), а именно въведени са условия, които необосновано ограничават потенциалните участници.

Управляващият орган е констатирал, че съгласно т. III.2.3. от Обявлението, за изпълнението на дейностите, предмет на поръчката, Възложителят е изискал от участниците да разполагат с определен екип от експерти. За обособена позиция № 2 (ОП2) са изискуеми следните експерти: Архитект; Строителен инженер; Електроинженер; Инженер в областта на отоплението, вентилацията и климатизацията на сгради и системи за поддържане на микроклимата в сградата; Инженер ВиК и Инженер-Конструктор, като е указано, че подробните изисквания към експертите по ОП2 са описани в документацията по обществената поръчка. В раздел III „Критерии за подбор“, т. 3 „Минимални изисквания за технически възможности по чл. 51, ал. 1, т. 7 от ДУ, за всеки от цитираните по-горе експерти, Възложителят е заложил изискване за наличие на валидна поименна застраховка „Професионална отговорност в проектирането и строителството“.

Управляващият орган е приел, че съобразно разпоредбата на чл. 171, ал. 1 от ЗУТ проектантът, лицето, упражняващо технически контрол по част „Конструктивна“, консултантът, строителят и лицето, упражняващо строителен надзор, застраховат професионалната си отговорност за вреди, причинени на други участници в строителството и/или на трети лица, вследствие на неправомерни действия или бездействия при или по повод изпълнението на задълженията им. Нормата има императивен характер, от което следва, че за посочените лица възниква задължение за застраховка „Професионална отговорност“. Редът и условията за задължителното професионално застраховане при строителство са уредени в Наредба за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството" (Приета с ПМС № 38 от 24.02.2004 г., Обн, ДВ. бр. 17 от 2 Март 2004г.).Застраховката „Професионална отговорност“ при строителство, сключена на името на участника в обществената поръчка, покрива отговорността на всички експерти и други лица, назначени на трудов договор в съответната организация. В обхвата на застрахователното покритие попадат и лицата/експерти, ангажирани по граждански договори, но това обстоятелство следва да бъде надлежно удостоверено.

Управляващият орган е установил още, че във връзка с условието за наличие на поименна застраховка „Професионална отговорност“ е постъпило запитване за разяснение с вх. № 5300-1042/18.03.2016 г. „Ще бъде ли допуснат за участие в обществената поръчка за ОП 2 фирма консултант, вписана в регистъра на консултантите, притежаваща Удостоверение за

Консултант по реда на чл. 166, ал. 2 от ЗУТ, в чийто екип фигурират посочените специалисти и фирмата притежава валидна застраховка „Професионална отговорност“. С писмо изх. № 53-00-1042/21.03.2016 г. /л.81 по делото/, Възложителят е отговорил, че минималните изисквания за всеки един от експертите се посочва в таблица Образец 7, т.е. това изискване не е посочено общо за Участника, а за всеки един от неговите експерти поотделно“.

Предвид изложеното с обжалваното решение е прието, че поставеното изискване за представяне на поименна застраховка „Професионална отговорност“ при строителство от всеки експерт в екипа за изпълнение на поръчката, необосновано ограничава кръга от заинтересовани лица, а именно икономически оператори, на чието име е налична валидна застраховка „Професионална отговорност“ при строителство, покриваща отговорността на своите служители (експерти), изпълняващи задълженията си по трудово правоотношение. Изложени са мотиви, че поставеното от Възложителя изискване създава необоснована административна тежест върху потенциалните участници в обществената поръчка. Изведен е извод, че е въведено условие/изискване, което необосновано ограничава потенциалните участници в процедурата, което представлява нарушение на разпоредбата на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), тъй като процесната обществена поръчка съдържа незаконосъобразни критерии за подбор, нарушаващи принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, което би могло да има разубеждаващ ефект за участие.

Допуснатото нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 3 от ЗОП (отм.) е посочено като нередност. Изложени са мотиви относно неговата съставомерност, а именно нарушението произтича от действието на бенефициента - възложител; нарушението има финансово отражение - нанесена е вреда на средства от ЕСИФ - при неспазване принципите, посочени в чл. 2, ал. 1, т. 3 от ЗОП (отм.). Предвид изложеното чрез пропорционален метод е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по засегнатия от нарушението договор от 26.05.2016г. с изпълнител Т.-И. Е. на стойност 119 815,92 лв. без ДДС.

На второ място в сигнала било посочено, че е въведено изискване за наличие на пълна проектантска правоспособност по Закона за камарата на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране, като по отношение на експертите, възложителят не е допуснал възможността, чуждестранните участници, които предлагат експерти с еквивалентни документи, да докажат професионална правоспособност съгласно законодателството на държавата, в която са установени. Управляващият орган е установил, че Възложителят детайлно е посочил критериите за подбор по отношение на техническите и професионалните способности на участника и в частност изисквания, на които трябва да отговарят изискуемите експерти, ангажирани с изпълнението на съответната обособена позиция. В т.ІІІ.5 от ДУ, за експертите, които ще бъдат ангажирани с изпълнението на ОП 2, Възложителят е изискал наличие на валидни удостоверения за пълна проектантска правоспособност, без да е посочил, че се допуска и възможността участникът да е вписан в еквивалентен списък или регистър, поддържан от компетентен орган в държава - членка на

ЕС или друга държава - страна по споразумението за ЕИП, и без да е указана възможност за представяне на еквивалентен документ. С оглед установеното УО е изложил извод, че изискването за представяне на съответното удостоверение, без предвидена възможност за представяне на еквивалентен документ, следва да се третира като нарушение по смисъла на разпоредбата на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), тъй като поставяйки условие за изрично представяне на удостоверение, без да допуска представяне на еквивалентен документ, Възложителят необосновано ограничава участието на потенциални заинтересовани страни в обществената поръчка. Изложени са мотиви, че по отношение участието на лица, придобили проектантска правоспособност в ЕС или държава, членка на Европейското икономическо пространство се създават сериозни предпоставки за ограничаване, в случай, че съгласно законодателството на съответната държава при придобиване на проектантска правоспособност на лицата не се издава удостоверение, а именно еквивалентен документ. УО е приел, че съгласно разпоредбата на чл. 11 от Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране /ЗКАИИП/, за признаване на професионалната квалификация на чужденци и на граждани на държави - членки на Европейския съюз, или на други държави - страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, или на Конфедерация Швейцария съответният орган по признаване определя условията и реда за провеждане на стажа за приспособяване и на изпита за правоспособност и за тяхното оценяване. Съгласно разпоредбата на чл. 4, ал. 1 от Наредба за условията и реда за признаване на правоспособност в областта на устройственото планиране и инвестиционното проектиране на лица с професионална квалификация „архитект“, съответно „инженер“, придобита в държава - членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети държави“, приета на основание чл. 11 от ЗКАИИП, признаването на съответна проектантска правоспособност се организира и провежда от К. на архитектите, съответно от К. на инженерите в инвестиционното проектиране. Съгласно разпоредбата на чл. 6, ал. 1 от наредбата, решение за признаване или за отказ за признаване на съответна проектантска правоспособност се взема от управителния съвет на съответната камара в срок 3 месеца от подаването на съответните документи, а за признаване на пълна проектантска правоспособност за „архитект“, регламентираният в наредбата 3-месечен срок за приключване на процедурата може да се удължи с още 3 месеца - обстоятелство, което допълнителни утежнява административната тежест върху лицата, които желаят да им бъде призната пълна проектантска правоспособност, съответно да им бъде издадено удостоверение за пълна проектантска правоспособност, придобита в чужбина. УО е посочил, че в изготвения „Анализ на нередностите в областта на обществени поръчки, установени от Одитния орган при одитите за приключване на оперативните програми за програмен период 2007-2013 г.“, е изрично записано, че „За доказване на правото да се осъществява определена дейност, подлежаща на разрешителни, регистрационни или лицензионни режими, без да допускат изрично възможност за представяне на еквивалентни документи от държавата, в която чуждестранният участник е установен, Възложителите

неправомерно ограничават участието на чуждестранни икономически оператори“. С оглед цитираната правна уредба УО е приел, че заложеното от възложителя изискване за представяне на валидно удостоверение за пълна проектантска правоспособност, без да е предвиден еквивалент, следва да се третира като ограничаващо по отношение на потенциални чуждестранни участници в обществената поръчка, и в тази връзка е налице нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.). УО е изложил мотиви, че процесната обществена поръчка съдържа незаконосъобразни критерии за подбор, които са довели до необосновано ограничаване на участието на потенциалните лица в процедурата, като допуснатото нарушение следва да се посочи като нередност.

УО е приел, че в разглеждания случай е нарушен чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 3 от ЗОП (отм.) Относно съставомерността на нарушението е посочено, че същото произтича от действието на бенефициента – възложител и има финансово отражение - нанесена е вреда на средства от ЕСИФ -при неспазване принципите на чл.2, ал.1, т.3 от ЗОП (отм.), тъй като Възложителят не е допуснал неопределен потенциален кръг участници да докажат съответствие с критериите за подбор и по този начин е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. Предвид изложеното чрез пропорционален метод е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по засегнатия от нарушението договор от 26.05.2016г. с изпълнител Т.-И. Е. на стойност 119 815,92 лв. без ДДС.

За дата на извършване на нарушението е приета 02.03.2016 г.- датата на публикуване на обявлението.

В края на обжалвания акт са изложени твърдения, че предвид спецификата на разглежданите отношения, не е възможно да се определи точен размер на загуба на публични средства, поради което при подхода за изчисляване на финансовата корекция е използван пропорционалния метод. На основание чл. 7 от Наредба за посочване на нередности за двете описани нарушения е определена обща финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по засегнатия от нарушението договор от 26.05.2016 г. с изпълнител Т.-И. Е. на стойност 119 815,92 лв. без ДДС. На стр.4 от обжалваното решение е записано, че изчислената финансова корекция е в размер на 1 382,95 лв. с ДДС и следва да не се верифицира при обработка на последващи искания за плащания. Неправомерният разход е изчислен върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнител в размер на 27 659,04 лв. с ДДС. От решението не става ясно, как УО е определил основата в размер на 27 659,04 лв. с ДДС, върху която е изчислен размерът на финансовата корекция.

Относно начинът на определяне на сумата на финансовата корекция, ответната страна е представила Форма за изчисляване на финансова корекция №281/16.07.2018 г./л.253 по делото/. Във формата е посочено, че във финансирането на разходите по процесните договори е налице 15% национално финансиране /НФ/. На края на формата е записано, че неправомерният разход е изчислен върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнител в размер на 27 659,04 лв. с ДДС., предвид което

изчислената финансова корекция е в размер на 1 382,95 лв., от които 1 175,51 лв. /85% ЕФРР/ и 207,44 лв. /15% НФ/. В така представената форма отново не може да бъде установено, как УО е определил основата от 27 659,04 лв. с ДДС, върху която е изчислен размерът на финансовата корекция.

От депозирано становище на ответната страна /л.355-л.357/ се установява, че договорът, сключен по обособена позиция две е финансиран от четири отделни административни договора за безвъзмездна финансова помощ. Поради това УО е издал общо 4 решения, с които налага обща 5% финансова корекция, в доказателство на което са представени 4 форми за изчисление на финансова корекция /л.368-л.371/. Видно от представените форми, същите касаят административни договори с номера: №РД -02-37-250/09.11.2016 г.; №РД-02-37-182/11.10.2016 г.; №РД-02-37-236/01.11.2016 г. и №РД-02-37-249/09.11.2016 г., въз основа на които жалбоподателят е сключил 4 договора с изпълнителя Т.- И. Е. на различни стойности с дата 26.05.2016г. Предметът на настоящото дело е свързан единствено с Административен договор №РД-02-37-236/01.11.2016 г. и Договор с изпълнител от 26.05.2016 г. на стойност 119 815,92лв. без ДДС. В тази връзка наведеният от жалбоподателя довод за нарушение на чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, изразяващо се в налагането на 4 отделни финансови корекции, с четири отделни акта за едно и също нарушение е неоснователен, тъй като видно от представените доказателства средствата за заплащане по откритата обществена поръчка идват по 4 отделни административни договора за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена в законоустановения срок /решението е връчено на 25.07.2018 г. /л.326 по делото/ от страна имаща правен интерес и срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 във вр. с чл. 27 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд, поради което е допустима.

Разгледана по същество е основателна.

В раздел III от Глава пета от ЗУСЕСИФ са регламентирани процедурните правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл.69, ал.1 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл.2, т.36 и т.38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Общите правила за започване на процедурата за администриране на нередности са посочени в чл.69, ал.2 и сл. от ЗУСЕСИФ. Съгласно чл.70, ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на посочените в закона основания, а съгласно ал.2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1, т.9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Правилата за определяне на размера на финансовата корекция са посочени в чл.72 от закона, а процесуалните правила за налагане на финансова корекция са разписани в чл.73.

Оспореното решение представлява индивидуален административен акт съгл. чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ и е издадено от компетентен орган. Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя

по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед № РД-02-36-902/25.08.2017г., изменена със Заповед № РД-02-36-1118/12.10.2017г. и Заповед № РД-02-36-27/15.01.2018г. /л.185-л.189 по делото/ на основание чл.25, ал.4 от Закона за администрацията, чл.5, ал.4 от Устройствения правилник на МРРБ, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството Д. Н. (подписала процесното решение).

Неоснователен е наведеният в жалбата довод, че при издаването на обжалвания акт е допуснато недопустимо смесване на две отделни процедури – процедура по администриране на нередност и процедура по налагане на финансова корекция. Съгласно съдебната практика администрирането на нередности не приключва с издаването на административен акт по смисъла на АПК, както и това не е част от административното производство, с което се издава акта за определяне на финансова корекция.

Основателен е наведеният с жалбата довод, че е налице и друго нарушение в процедурата по издаване на обжалваното решение, а именно същото е издадено със закъснение и извън срока, предписан в чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Видно от доказателствата по делото жалбоподателят е депозирал възраженията си на 08.05.2018 г., а решението е издадено на 23.07.2018г. Констатираното нарушение на процедурата обаче не е от категорията на съществени процесуални нарушения, тъй като от една страна този срок е инструктивен и с изтичането му не се преклудира възможността на административния орган да издаде решението, а от друга - не се нарушава правото на защита на получателя на помощта. Според константната съдебна практика общото правило е, че за административния орган сроковете са инструктивни и с изтичането им не се преклудира възможността му за произнасяне, като издаденият по-късно акт е действителен и подлежи на обжалване на общо основание. Изтичането на преклузивния срок има за последица прекратяване на неупражненото в срок правомощие, а извършените след срока действия са недействителни. За да се приеме, че даден срок е преклузивен, тези правни последици следва изрично да са разписани в закона. ЗУСЕСИФ не съдържа изрична разпоредба, която да урежда такива правни последици, поради което няма нормативно основание срокът по чл. 73, ал.3 от ЗУСЕСИФ да бъде приет за преклузивен и неспазването му да се отрази на валидността на решението за определяне на финансова корекция.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок и такива са депозирани. Налице обаче е

необсъждане на възраженията на жалбоподателя, тъй като същите са буквално възпроизведени/сканирани/ в обжалвания акт в първо лице, без решаващият орган да е изложил конкретни мотиви, защо не ги приема. В мотивите на обжалваното решение е изложено единствено едно бланкетно изречение, че „УО не приема възражението, тъй като в него липсват нови факти и обстоятелства, които следва да бъдат коментирани“. Настоящият съдебен състав установи, че това изречение пък е буквално възпроизведено от стр. 3 на издадената Докладна записка изх. № 99-00-6-400(6)17.07.2018 г. /л.247 и следващите/. Липсата на ясна воля на УО се подкрепя и от факта, че в неговото решение дословно са възпроизведени мотивите от изготвените два доклада с дати 18.04.2018 г. и 17.07.2018 г. от началник отдел „Контрол на обществените поръчки и нередности“, ГД „СППРР“ към МРРБ, цитирани по-горе в съдебното решение. Следователно не може да се приеме, че УО е формирал собствената си воля или е изложил каквито и да било мотиви по отношение на подадените възражения, което съставлява съществено нарушение на производствените правила, довело до ограничаване правото на защита на жалбоподателя. Необсъждането на възраженията е съществено процесуално нарушение, тъй като законодателят е предвидил, че това е част от процедурата. Липсата на обсъждане води освен до възпрепятстване на жалбоподателя да организира защитата си и до невъзможност на настоящата съдебна инстанция да установи, каква е волята на административния орган по отношение на тези възражения. Спазването на цитираната правна норма е гаранция от една страна, за правата на адресата на акта, а от друга - за постановяването на акта, след като се изяснят фактите и обстоятелствата от значение за случая и се обсъдят обясненията и възраженията на адресата, т.е. за спазване на изискванията на чл. 35 АПК. Дали тези възражения са основателни или не, е преценка, която в производството по определяне на финансова корекция се дължи само от Управляващия орган. Именно затова разпоредбата на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ изисква в мотивираното решение, с което се определя финансовата корекция, да бъдат обсъдени представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Неизпълнението на тези задължения е нарушение на установената в закона процедура и е самостоятелно основание за отмяна на обжалваното решение.

В допълнение на изложението следва да се посочи, че оспореният акт е издаден и в противоречие на материалноправните разпоредби:

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

Предвид легалната законова дефиниция на понятието „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/доказана вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата. При определяне на финансовата корекция се вземат предвид характерът и тежестта на

нарушението и неговото финансово отражение. За да наложи финансовата корекция административния орган би следвало да се мотивира с установено нарушение, което от своя страна има конкретно доказано финансово отражение или възможно такова. В тежест на органа е да докаже, че нарушението стои в причинна връзка с нанесени вреди на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет, а това не е установено и доказано по делото.

Относно първото твърдяно нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 3 от ЗОП (отм.) изразяващо се в поставено от жалбоподателя изискване спрямо юридическите лица, предложените от участника експерти от екипа за изпълнение на поръчката да притежават валидна поименна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“, което е квалифицирано като нередност по т. 9 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., съдът намира, че нарушението не е съставомерно, тъй като не е налице твърдяната нередност.

Административният орган е приел, че условието застраховката „професионална отговорност в проектирането и строителството“ да бъде поименна е ограничаващо, тъй като изключва участниците, които могат да докажат наличие на застраховка професионална отговорност, сключена на името на предприятието - оферент, която обхваща и отговорността на служителите на същото. Счетено е, че наличието на валидна поименна застраховка не е условие при издаване на удостоверения за проектантска правоспособност и поради това не може да се изведе автоматично извода, че всички участници с проектантска правоспособност притежават такава застраховка. УО е заключил, че поставеното изискване за представяне на поименна застраховка „Професионална отговорност“ при строителство от всеки експерт в екипа за изпълнение на поръчката, необосновано ограничава кръга от заинтересовани лица, а именно икономически оператори, на чието име е налична валидна застраховка „Професионална отговорност“ при строителство, покриваща отговорността на своите служители (експерти), изпълняващи задълженията си по трудово правоотношение.

Настоящият съдебен състав намира този извод на административния орган за неправилен, тъй като необходимостта да бъде изисквана валидна поименна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“ е нормативно обусловено, като това изискване противно на възприетото от УО не изключва възможността да бъде представена валидна застраховка професионална отговорност на името на юридическото лице, стига в нея изрично да са упоменати физическите лица – служители на участника или намиращи в гражданско правоотношение с него. Още повече наличие на поименна застраховка, означава участникът да декларира наличието на валидна такава, като Възложителят не е посочил, същата следва ли да бъде поименна за физическото лице, проектант или за юридическо лице – консултанта. Съгласно разпоредбата на чл. 171, ал. 1 от ЗУТ проектантът, лицето, упражняващо технически контрол по част „Конструктивна“, консултантът, строителят и лицето, упражняващо строителен надзор, застраховат професионалната си отговорност за вреди, причинени на други

участници в строителството и/ или на трети лица, вследствие на неправомерни действия или бездействия при или по повод изпълнението на задълженията им. Нормата има императивен характер, от което следва, че за посочените лица възниква задължение за застраховка „Професионална отговорност“. Редът и условията за задължителното професионално застраховане при строителство са уредени в Наредба за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството " (Приета с ПМС № 38 от 24.02.2004 г. Обн. ДВ. бр. 17 от 2 Март 2004 г.). На следващо място според нормата на чл. 162 от ЗУТ, проектант е физическо или юридическо лице, включващо в състава си физически лица, притежаващи необходимата проектантска правоспособност“. Проектантът следва да има сключена валидна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“. Това изискване не е свързано с придобитата от него проектантска правоспособност, но е гаранция за законосъобразно извършване на дейността и обезпечаване на отговорността му при вреди, нанесени от негова незаконосъобразно извършена дейност. Застраховката винаги е поименна, защото дейността на проектантите се извършва лично и тяхната отговорност за извършеното е лична, поради което тя служи за покриване на щетите от дейността на конкретен проектант. Изискването за поименна застраховка е в съответствие с изискванията на ЗУТ и Наредба за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството, приета с ПМС № 38 от 24.02.2004 г. Лицата, проектанти следва задължително да застраховат своята дейност. Ето защо, съдът намира, че възложителят не е създал необоснована тежест върху потенциалните участници по чл. 166, ал. 2 в обществената поръчка, така както твърди административният орган. Предвид изложеното не може да се приеме, че обявеното от възложителя условие, предложените от участника експерти от екипа за изпълнение на поръчката да притежават валидна поименна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“, че е нередност по т. 9 - за неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие, или в публичната покана. Изискването за валидна поименна застраховка „професионална отговорност в проектирането и строителството“ гарантира точно изпълнение на поръчката, при съобразяване спецификата на нейния предмет и неговите потребности и при зачитане на основните принципи на ЗОП.

Относно второто твърдяно нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 3 от ЗОП (отм.), изразяващо се в поставено ограничително изискване спрямо чуждестранните участници за наличие на валидно удостоверение за пълна проектантска правоспособност без еквивалент, което е квалифицирано като нередност по т. 9 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., съдът намира същото за недоказано.

Административният орган се е позовал на т.III.5 от ДУ, при посочването на критериите за подбор по отношение на техническите и професионалните способности за експертите, които ще бъдат ангажирани с изпълнението на ОП 2, като ги е изтъквал, в смисъл, че възложителят е изискал наличие на валидни удостоверения за пълна проектантска правоспособност, без да е

посочил, че се допуска и възможността участникът да е вписан в еквивалентен списък или регистър, поддържан от компетентен орган в държава – членка на ЕС или друга държава – страна по споразумението за ЕИП, и без да е указана възможност за представяне на еквивалентен документ. Видно от документацията за участие, стр. 25 и 26 от ДУ /л.54- л.55 от делото/ в т.ІІІ.6, относно доказателствата за упражняване на професионална дейност по чл. 49, ал.1 от ЗОП за ОП 2, възложителят е изискал участниците да притежават валидно удостоверение за извършване на дейностите по чл.166, ал.1, т.1 от ЗУТ /пълна проектантска правоспособност/, като е записано следното: „Чуждестранните участници доказват регистрацията си в професионален или търговски регистър в държавата, в която са установени, или представят декларация или удостоверение за наличието на такава регистрация от компетентните органи съгласно съответния национален закон ". С оглед, че подобно изискване е посочено в ДУ, не може да бъде изведен извод, че възложителят е изключил възможността от представяне на еквивалентен документ на удостоверение за пълна проектантска правоспособност по отношение на лица, придобили проектантска правоспособност в ЕС или държава, членка на Европейското икономическо пространство. Въведеното от възложителя изискване към процедурата за доказване опит и квалификация на експертите, които ще осигуряват фактическото изпълнение на поръчката, не представлява дискриминационно такова, тъй като по никакъв начин не ограничава участието на участниците в процедурата, нито пък дава необосновано предимство на определена група участници. Въведеното от възложителя притежание на пълна проектантска правоспособност от експертите, които ще изпълняват поръчката не нарушава принципа на равнопоставеност, нито представлява дискриминационно условие, а е гаранция за възложителя, че изпълнителят действително разполага с необходимите квалифицирани експерти, които биха могли да изпълнят обществената поръчка. Не е ограничено по никакъв начин участието на потенциални заинтересовани страни в обществената поръчка, които са придобили проектантска правоспособност в ЕС или държава, членка на Европейското икономическо пространство, като по делото беше установено, че такива и не са кандидатствали. Предвид изложеното не са нарушени разпоредбите на националното законодателство - чл. 25, ал. 5 (отм.) , във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 3 (отм.) от ЗОП.

Липсата на елементите от фактическия състав на нередност обективира извод за липса на основание за налагане на финансова корекция, което обосновава извод за незаконосъобразност на обжалвания акт поради неправилно приложение на материалния закон.

От обжалваното решение действително не може да се установи, как УО е определил основата, от която е изчислена дължимата финансова корекция. На страница 4 от решението е записано, че изчислената финансова корекция е в размер на 1 382, 95 лв. с ДДС и следва да не се верифицира при обработка на последващи плащания. Определената сума представлява 5% от стойността на допустимите разходи по договора с изпълнител в размер на 27 659,04 лв. с ДДС в рамките на АДФП № РД-02-37-236/01.11.2016 г., но как УО е определил тази основа не става ясно, тъй като сключеният с изпълнител

Т.-И. Е. договор е на стойност 119 815,92 лв. без ДДС.

Относно твърдението на жалбоподателя, че основата, от която е определена финансовата корекция е неправилно определена, тъй като в същата е включено и корекция върху 15% Национално финансиране следва да се посочи, че съгласно чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България. За средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. От цитираната разпоредба е видно, че законът има за предмет управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, към които са включени и програмите с национално финансиране. Предвид изложеното процента на финансова корекция може да бъде налаган и върху сумите от национално финансиране.

Неоснователен е наведеният в жалбата довод, че при издаването на обжалвания акт е допуснато недопустимо смесване на две отделни процедури – процедура по администриране на нередност и процедура по налагане на финансова корекция. Съгласно съдебната практика администрирането на нередности не приключва с издаването на административен акт по смисъла на АПК, както и това не е част от административното производство, с което се издава акта за определяне на финансова корекция.

Предвид констатираните съществени процесуални нарушения във формата на акта, както и несъответствието му с материалния закон, настоящият съдебен състав приема, че обжалваното решение подлежи на отмяна.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане от процесуалния представител на жалбоподателя за присъждане на адвокатско възнаграждение, съдът установи, че по делото не са представени доказателства за реалното му изплащане, нито е приложен списък по чл. 80 от ГПК. Видно от представения договор за правна защита и съдействие /л.329/ е уговорен адвокатски хонорар в размер на 327лв., обаче не са представени доказателства, че същият е реално изплатен от жалбоподателя. Предвид изложеното настоящата съдебна инстанция не присъжда претендираните разноски за адвокатско възнаграждение по делото.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 16 състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-844 от 23.07.2018 г. на заместник министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., с което на основание чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017г., в сила от 31.03.2017 г. е определена финансова корекция в размер на 5% от разходите по договор от 26.05.2016г. с изпълнител Т.-И. Е..

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в

четиринадесетдневен срок от съобщаването.

Съдия: