

РЕШЕНИЕ

№ 6612

гр. София, 11.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 14.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Кристина Григорова и при участието на прокурора Михаела Николаева, като разгледа дело номер **3297** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК във вр. с чл.73 ал.4 и чл.27 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).
Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на Управителния съвет, срещу Решение № РД 02-36-394/17.03.2021г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР 2014-2020) за определяне на финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по договор № Д-106/05.12.2018г. с изпълнител [фирма], които са в размер 3669,60 лв. с ДДС. Твърди се в жалбата, че неправилно и незаконосъобразно в решението на ръководителя на УО на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 е приел, че изискването ръководителя на екип и един от ключовите експерти да са регистрирани одитори (дипломирани експерт-счетоводители) не е съобразено и не съответства на предмета на обществената поръчка. Развити са доводи за неправилно тълкуване от УО на правната уредба на регистрирания одитор в Закона за независимия финансов одит. Оспорват се и констатации за ограничителен характер на въведеното изискване към участниците в процедурата да са изпълнили минимум една услуга с предмет и обем идентичен или сходен с предмета на поръчката през последните 3 години от датата на подаване на офертата. Сочи се, че констатираните нарушения нямат характера на „нередност“ по легалната дефиниция в чл.2 т.36 от Регламент ЕС 1303/2013г. Иска се отмяна на решението на УО НА ОПРР 2014-2020.

В проведеното открито съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрисконсулт Б., който поддържа жалбата и моли за отмяна на оспорения акт. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответника по жалбата се представлява от юрисконсулт Д., като в придружителното писмо за изпращане на административната преписка в съда развива подробни съображения за неоснователност на оспорването. В позиция по същество се иска потвърждаване на административния акт като правилен и законосъобразен и присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 300 лв., съгласно чл.25 ал.1 от Наредбата за заплащане на правната помощ.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител за участие в производството. Административен съд София - град, след като взе предвид представените по делото доказателства и доводите на страните, намира следното:

Между управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж” 2014 - 2020 г. и Агенция „Пътна инфраструктура“ е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ с рег.№ BG16RFOP001-7.001-0025, Л. 25, „Път III-109 I-1-M.“ от км.+528 до км.12-815 с обща дължина 12.287 км., област Б.“ (л.122-130). В изпълнение на дейностите по договора, с решение на възложителя е открита и е проведена открита процедура по ЗОП, с предмет „Извършване на одит по изпълнение на дейностите и отчитане на разходите за Л. 24, Л. 25, Л. 26 на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, като в резултат е сключен договор с рег.№ Д-106/05.12.2018г. с изпълнител [фирма]. Съгласно чл.8 ал.1 от сключения договор с зипълнителя, стойността на договора е 3058 лв. без ДДС или 3 669.60 лв. с ДДС.

При определяне на условията за участие, в документацията по обществената поръчка – в т.3.3.3 и в част III.1.3) Технически и професионални възможности на обявлението по обществената поръчка към участниците в процедурата е заложено условие „ да разполагат с ръководен състав и персонал с определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката, включващ най малко 1. Ръководител на одитния екип с професионална квалификация – „ да е регистриран одитор съгласно чл.7 от ЗНФО и &1 т.36 от ДР на ЗНФО или да притежава съответна еквивалентна квалификация, съгласно националното законодателство на чуждестранните лица.“ Идентични изисквания по отношение на професионалната квалификация са посочени и от отношение на персонала на участника - „Поне един от предложените ключови експерти да е регистриран одитор, съгласно чл.7 от ЗНФО и &1 т.36 от ДР на ЗНФО или да притежава съответна еквивалентна квалификация, съгласно националното законодателство на чуждестранните лица.“ Към участниците в процедурата е въведено и изискване през последните 3 години от датата на подаване на офертата да са изпълнили минимум една услуга с предмет и обем, идентичен или сходен с този на поръчката, като за "сходни услуги с предмета на поръчката" са определени "услуги, които имат за предмет извършване на финансов одит и изготвяне на одиторски доклад."

Във връзка с извършена проверка по повод регистриран сигнал за нередност № 1647 в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ е извършена проверка на откритата процедура по ЗОП в проведената обществена поръчка с предмет „Извършване на одит по изпълнение на дейностите и отчитане на разходите за Л. 24, Л. 25, Л. 26 на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, в резултат на която е подписан

вече посочения договор с изпълнител [фирма], са констатирани нарушения, свързани с изискванията за професионална квалификация на ръководителя на екипа и на един от ключовите експерти, отнасящи се до изискването същите да са „регистриран одитор, съгласно чл.7 от ЗНФО и &1 т.36 от ДР на ЗНФО или да притежава съответна еквивалентна квалификация, съгласно националното законодателство на чуждестранните лица.“, както и с изискването за участниците в процедурата през последните 3 години от датата на подаване на офертата да са изпълнили минимум една услуга с предмет и обем, идентичен или сходен с този на поръчката. Нарушенията са квалифицирани като ограничителни критерии за подбор с ограничително въздействие по отношение на останалите участници в процедурата, в нарушение на чл.2 ал.1 и 2 от ЗОП и чл.59 ал.2 от ЗОП, които представляват нередност по т.11 б.Б от Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансова корекция и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗЕСЕСИФ, приета с ПМС № 57/2017г.

С писмо от 09.02.2021г. (л.30-34) на ръководителя на УО на ОПРР, бенефициентът е уведомен за регистрирания сигнал за нередност и становището на УО по отношение на основателността на сигнала, като му е предоставена възможност за възражение, с оглед чл.73 ал.2 от ЗУСЕСИФ.

С писмо, постъпило при УО на 12.02.2021 г. (л.36-38) жалбоподателят е представил възражението си, като изразил несъгласието си с констатациите, обосновавайки го с изискванията към одитора, посочени в т.5.1 от Инструкция за извършване на ангажименти и договорени процедури във вр. с проекти, съфинансирани със средства от Структурните фондове и Кохезионния фонд на ЕС на ниво бенефициент, изработени от дирекция „Национален фонд“ към МФ. Във възражението е изразено несъгласие и с констатациите на УО за наличие на изискване с ограничителен характер заложено в т.3.3.1 от документацията и в обявлението за обществена поръчка, участника в процедурата през последните три години от датата на подаване на офертата, да е изпълнил минимум 1 услуга с предмет, сходен с предмета на поръчката. Оспорена е и констатацията, че установените нарушения, представляват нередност с доводи, че липсва нанесена вреда.

С оспореното в настоящето производство Решение № РД -02-36—394/17.03.2021г. Ръководителят на УО на ОПРР приема за установени нарушения на чл.2. ал.1 и 2 от Закона за обществените поръчки /забраната за ограничителни критерии за подбор/; както и на чл.59 ал.2 от ЗОП, с оглед предмета на обществената поръчка, който е свързан с изпълнение на одиторски процедури относно проект, а не с изразяване на независимо одиторско мнение, относно достоверното представяне на всички аспекти на същественост във финансовите отчети, при което за извършване на ангажимент за договорени процедури и изготвянето на доклад за фактически констатации, е необходимо и достатъчно изпълнителят да е квалифициран одитор, без да е необходимо да е независим одитор. Обосновал е, че одиторска правоспособност със сертификат за вътрешен одитор в публичния сектор се придобива след полагане на изпит по реда на Закона за вътрешния одит в публичния сектор (ЗВОПС), като дейностите, които могат да извършват придобилите сертификат одитори са посочени в чл.41 т.1 и т.2 от ЗВОПС и които са относими към предмета на обществената поръчка. Именно с непредоставянето на възможност от страна на възложителя участници в процедурата да са и лица, които притежават сертификат за вътрешен

одитор в публичния сектор или друг аналогичен сертификат, изискванията на възложителя са неоснователно завишени и имат ограничително въздействие по отношение на останалите участници в процедурата. Подобни са констатациите на УО и по отношение на заложеното изискване от възложителя участника в процедурата през последните три години от датата на подаване на офертата, да е изпълнил минимум 1 услуга с предмет, сходен с предмета на поръчката, съобразно определението за сходен предмет, доколкото доказването на изпълнението на услуги по извършване на финансов одит и изготвен писмен одиторски доклад не е сходен с дейностите от предмета на поръчката, който представлява изпълнение на одиторски процедури, относно проект. Прието е, че с така поставените ограничителни критерии е осъществено нарушение, представляващо нередност, с наличие на потенциален финансов ефект, тъй като тези критерии разубеждават потенциалните участници в процедурата, поради ограничителния си характер.

При тези констатации и за определената нередност по т.11 б. Б от Приложение 1 към чл.2 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС 57/2017г., е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на допустимите разходи по Договор № Д-106/05.12.2018г., сключен с избрания изпълнител, при отчитане на подадените две оферти в процедурата и наличието на минимално ниво на конкуренция.

Решението е връчено на жалбоподателя на 13.07.2021г. (л.28), а жалбата срещу него е подадена чрез административния орган на 31.03.2021г., поради което е допустима за разглеждане.

При така установените факти съдът приема, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган в предвидената от закона форма, при липса на съществено нарушение на процесуалните правила, както и при правилно приложение на материалния закон. Съгласно чл. 143 (1) Регламент № 1303/2013 (чл. 98 Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент № 1303/2013), държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент № 1303/2013 (чл. 70 (1) Регламент № 1083/2006) държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми.

Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2 т.36 на Регламент № 1303/2013 (съответно чл. 2 (7) Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 (1) Регламент № 1303/2013), съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

По делото е безспорно, че първият елемент на определението за нередност е налице – Агенция „Пътна инфраструктура“ има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2 (37) Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за

разходване на получено безвъзмездно финансиране със средства на ЕС.

Спорът по делото е налице ли са вторият и третият елемент на дефиницията за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна по основание.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някои от лимитативно посочените правни основания. Следователно българският законодател приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ основания, води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане.

В случая органът твърди, че са налице нарушения на чл. 2, ал.2 ЗОП и 59 ал.1 ЗОП. Същите са категоризирани като такива по т. 11 б.Б от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата и е определена финансова корекция общо в размер на 5% от стойността на сключения договор с изпълнителя (3 669,60 лв.). Тези нарушения, попадат в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ - нередност, която съставлява нарушение на националното право, извършено чрез действие от получателя на безвъзмездната помощ и има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Настоящата инстанция констатира наличието на допуснати нарушения на чл. 2, ал.2 ЗОП и чл.59 ал.1 ЗОП.

Така, възложителят е посочил като минимално изискване в обявлението за обществена поръчка и документацията за участие (р.П т.3.3.2 , л.114), следните изисквания: „Изисква се участникът в процедурата да разполага с ръководен състав и персонал с определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката, включващ най-малка: А. Ръководител на одитния екип – 1 брой * Професионална квалификация: да е регистриран одитор, съгласно чл.7 от ЗНФО и &1 т. 36 от ДР на ЗНФО или да притежава съответна еквивалентна сертификация, съгласно националното законодателство за чуждестранните лица“.

Изискванията по отношение на персонала на участника, в същата точка и раздел от документацията, б.Б са определени като : „Поне един от предложените ключови експерти (в областта на одита) да е регистриран одитор, съгласно чл.7 от ЗНФО и &1 т. 36 от ДР на ЗНФО или да притежава съответна еквивалентна сертификация, съгласно националното законодателство за чуждестранните лица“.

Съгласно документацията по поръчката, обхватът на нейния предмет е извършване на одит по време на изпълнението на дейностите и отчитане на разходите за Л. 24, Л. 25 и Л. 26 на ОПРР 2014-2020. Този предмет е посочен и в чл.3 от сключения договор № Д-106 от 05.12.2018г. с избрания изпълнител.

По същество изпълнението (съгласно чл.3 от Документацията, л.112, Кратко описание на предмета на обществената поръчка) включва: 1.Проверка че дейностите по проекта са изпълнени в съответствие с принципите на дорбро финансово управление и дали средствата са зираходвани икономично, ефективно и ефикасно. 2. Проверка дали всички деклариран разходи са действително извършени и допустими, в съответствие с на Регламентите на ЕС и ЗУСЕСИФ..., 3. Проверка дали първичните счетоводни документи и документите с еквивалентна доказателствена стойност са налични и валидни. 4. Спазени ли са изискванията по отношение поддържането на добра одитна пътека, 5. Дейностите по проекта надлежно ли са документирани, като всички документи за разходите ъндлежно се съхраняват и са на разположение на

националните и европейски контролни организации, б. Декларациите за възстановяване на средства, подадени от бенефициента са точни, пълни и във формат, изискван от УО и т.н. до т.10., съгласно която одитора има задължение да провери и дали надлежно са докладвани установените нередности.

Така зададеното описание на очакваните ангажменти по своята същност е одит по отчет на дейностите по проекти, а не за изразяване на независимо одиторско мнение, относно достоверното представяне във всички аспекти на същественост във финансовите отчети.

Съгласно насоките за кандидатстване по обявени схеми за подбор на проекти, респективно покани при процедури на директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, одитът на проекта е задължителна дейност за проектите, финансирани от оперативните програми. Основната цел на извършения одит е да се формират констатации (потвърждения), че отчетените от възложителя (бенефициент) разходи, описани във финансовия отчет по договора, са действително извършени, точни и допустими, и да се предостави на същия доклад за фактически констатации.

Съгласно § 1, т. 36 от Допълнителните разпоредби на Закона за независимия финансов одит: "Регистриран одитор" е физическо лице или одиторско дружество, вписано в регистъра по [чл. 20](#), което има право да подписва одиторски доклади с мнение върху финансови отчети. Одит на отчет на дейности по проект може да бъде извършен от лица със следните сертификати: 1.Национални: Дипломиран експерт-счетоводител (ДЕС) - сертификат на Института на дипломираните експерт-счетоводители; 2. Международни: Сертифициран вътрешен одитор (С. I. А., С.) - сертификат на Международния институт на вътрешните одитори (Т. ПА I.); Сертифициран одитор в публичния сектор (С. G. А. P., CGAP) - сертификат на Международния институт на вътрешните одитори (Т. НА I.); Сертифициран одитор на информационни системи (С. I. S. А., С.) - сертификат на А. за одит и контрол на информационните системи (I.); Сертифициран инспектор на измами (С. F. E.) - сертификат на А. на сертифицираните инспектори на измами (ACFE).

Съгласно Инструкцията за извършване на ангажменти за договорени процедури във връзка с проекти, съфинансирани със средства от Структурните фондове и Кохезинния фонд на ЕС, на ниво бенефициер на Сертифициращия орган на дирекция „Национален фонд”, Министерство на финансите раздел V. т. 5.1. посочените изисквания към одитора са:

„Изпълнител на ангажимент за договорени процедури на проект („Одитор”) е физическо или юридическо лице или обединение от физически и/или юридически лица, което отговаря на поставените от бенефициера изисквания. С цел гарантиране компетентността на одитора или общата компетентност на екипа, който ще извършва ангажимента за договорени процедури, бенефициерите поставят минимални изисквания към одитора/одитния екип, съобразени с предмета, обема и сложността на

ангажимента, без да залагат такива, които ограничават конкуренцията. Такива са изискванията за професионална квалификация и опит. При ангажимент за договорени процедури на инфраструктурни проекти се допускат изисквания към един или повече от членовете на екипа за образование и опит в инженерните науки.

Притежаването на съответен национален или международен сертификат в областта на одита е минимална предпоставка за наличието на квалификация. Препоръчителен сертификат, който поне един от членовете на одиторския екип следва да притежава, е сертификатът, издаден от Института на дипломираните експерт-счетоводители (И.), или на АССА (A. of C. S. A.), или сертификат С. I. А. (С.) и С. G. А. P. (CGAP), или други аналогични сертификати, издавани от други държави-членки на ЕС.“

Възложителят в случая не е предоставил възможност за наличие на други сертификати, напр. АССА (A. of C. S. A.), или сертификат С. I. А. (С.) и С. G. А. P. (CGAP), или други аналогични сертификати, издавани от други държави-членки на ЕС, което безспорно е възможно да ограничи участници в процедурата, притежаващи необходимата квалификация и опит за изпълнение на поръчката, но който не са дипломирани експерт-счетоводители по смисъла на ЗНФО, а притежават сертификат за вътрешен одитор. От друга страна - притежаването на съответен национален или международен сертификат в областта на одита е минимална достатъчна предпоставка за наличието на квалификация.

С оглед на гореизложеното, съдът споделя като правилен извода на УО, че описаното в сигнала за нередност изискване по отношение на професионалната квалификация на ръководителя на екипа и един ключов експерт от екипа по одит, има ограничително въздействие върху потенциалните участници в поръчката и същото може да се квалифицира като нарушение на чл. 2 ал. 2 ЗОП - ограничена е конкуренцията чрез „включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.“, като същите изводи са тоносими и по отношение на въведеното изискване на възложителя към участниците в процедурата да са през последните три години от датата на подаване на офертата, да е изпълнил минимум 1 услуга с предмет, сходен с предмета на поръчката, Предметът на поръчката е за изпълнението на одиторски процедури относно проект, а не за изразяване на независимо одиторско мнение относно достоверното представяне във всички аспекти на същественост

във финансовите отчети, т.е. изискването е непропорционално и неотнормимо към предмета на поръчката.

Допуснатото нарушение законосъобразно е квалифицирано като нередност, тъй като е нарушена конкретна разпоредба на националното законодателство - чл. 2, ал. 2 ЗОП и чл.59 ал.1 от ЗОП; нарушението произтича от действието на бенефициера - възложител; нарушението има финансово отражение - нанесена е вреда на средства от ЕСИФ - при неспазване принципите на чл. 2 ЗОП възложителят е ограничил участието на неопределен кръг заинтересовани от участие в поръчката икономически оператори, с което сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. В случая вредата се явява резултат на ограничена конкуренция.

Правилно допуснатото нарушение е квалифицирано като нередност по т.11 б.Б от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, с оглед наличието на минимално ниво на конкуренция при допуснати две оферти за участие в процедурата.

При изложените съображения жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“ срещу Решение № РД -02-36-394/17.03.2021г. на Заместник министър и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № Д-106/05.12.2018г. с изпълнител [фирма], които са в размер 3669,60 лв. с ДДС следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

С оглед изхода на спора на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева, определено в съответствие с чл. 78, ал. 8 ГПК, във вр. с чл. 144 АПК, във връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 25, ал. 2 във вр. с ал. 1 от Наредбата за заплащане на правна помощ.

Така мотивиран и на основание на основание чл. 172, ал. 2 АПК, съдът

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на Управителния съвет, срещу Решение № РД 02-36-394/17.03.2021г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020“ (ОПРР 2014-2020)за определяне на финансова корекция в размер на 5% от стойността на допустимите разходи по договор № Д-106/05.12.2018г. с изпълнител [фирма], които са в размер 3669,60 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“, Булстат[ЕИК], да заплати на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ разноски по делото в размер на 200 (двеста) лева.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: