

# РЕШЕНИЕ

№ 5745

гр. София, 13.10.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,**  
в публично заседание на 15.09.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Елеонора Попова**

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **5087** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73 и сл., вр. чл. 27 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/, вр. чл. 145 от АПК.

Образувано е по жалба на [фирма], ЕИК-[ЕИК] срещу Решение за определяне на финансова корекция № МДР-СД.01-25 от 20.04.2021 г., Заместник-министър на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. /ПМДР/, в частта, Констатация №1 Ограничително изискване. Релевира, че оспореното решение е необосновано, неправилно и незаконосъобразно. Според жалбоподателя, при правилния анализ на разпоредбата на чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС 160/2016 г. е видно, че законодателят оставя възможност на бенефициентите/възложители сами да определят срока, който залагат в поканите си, като единственото условие е, той да е в рамките на максимално установеният такъв, което е спазено. Т.е. независимо от факта, че срокът е определен в две последователни изречения, е абсолютно ясно, че в списъка, който кандидата представя ще се вземе под внимание строителства извършени назад от 02.05.2018 г. - до 02.05.2013 г., в съответствие с изискването на чл. 3, ал. 13, т.2 от ПМС 160. Твърди, че ще е ограничително изискването, ако Възложителят не беше конкретизирал, че строителството трябва да е изпълнено преди датата на подаване на офертата, тоест, ако той изключваше периода от 01.01.2018 г. - 02.05.2018 г. (недвусмислено става ясно, че срокът е от датата на подаване на офертата назад и обратното тълкуване на УО в решението е недопустимо). Още повече в извършената одитна констатация е

било отразено: "все пак бенефициента е представил в поканата допълнително разяснение, че строителството трябва да е приключено и прието от съответния възложител преди датата на подаване на офертите" - тоест одитния орган констатирал, че за него е недвусмислено ясно, че срокът заложен от бенефициента за доказване на опит в сходни дейности е до датата на подаване на офертите. Т.е. одитният орган потвърждавал, че бенефициента изрично е указал в поканата, че се приема строителство приключило и прието преди датата на подаване на офертите, поради което не съществувало никакво ограничение по отношение периода от 01.01.2018 г. - 02.05.2018 г., респ. не било ограничено правото на икономическите оператори да докажат опит в сходни дейности, придобит през последните пет години считано до датата на подаване на офертата. Изтъква още, че Възложителят е задължен в графа "минималните изисквания" да опише подробно това, което изисква, като по никакъв начин в бланката на списъка не е длъжен да преповтаря условието. Оферентите, при кандидатстването си, се водели изцяло от заложените изисквания в Публичната покана. Одитният орган недвусмислено потвърждава, че бенефициента в поканата си е указал, че строителството трябва да е приключено и прието от съответния възложител преди датата на подаване на офертите - тоест абсолютно ясен е срокът на строителството, което е допустимо да бъде описано в бланката, която е придружаващ документ на поканата, изискванията са заложи в самата покана и одитният орган с констатацията си потвърждава, че бенефициента е указал с допълнително разяснение, че строителството трябва да е да е приключено и прието от съответния възложител преди датата на подаване на офертите, тоест и тук не съществува никакво ограничително условие. Сочил, че към момента проектът е изцяло завършен и по него след проверка от страна на Разплащателна агенция още в края на 2018 г. е извършено окончателно плащане. Отделно от горното, счита, че липсват задълбочени мотиви в частта на обжалваното решение, които дори в малка степен да покриват нормално приетите изисквания за издаването на едно решение, самостоятелно основание за отмяната на атакувания административен акт по смисъла е т. 2 от ТР № 4/2004 г. на ОС на ВАС. Моли съда да отмени оспорвания акт.

В съдебно заседание, жалбоподателят, редовно призован, чрез процесуален представител поддържа жалбата и моли съда да я уважи. Представя писмена защита и списък с разностите.

Ответникът – Заместник-министър на Земеделието, храните и горите и ръководител на УО на Програмата за морско дело и рибарство 2014-2020 г., чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, като неоснователна и недоказана. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение. В допълнителни писмени бележки развива подробни съображения относно законосъобразност на акта.

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 и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Между страните не се спори, че жалбоподателят [фирма] е бенефициер по Административен договор № МДР-ИП-01-7/14.03.2018 г., за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по програма за морско дело и рибарство 2014-2020 по

процедура за подбор на проекти BG14MFOR001-2.006 „Продуктивни инвестиции в аквакултурите“, сектор „Рециркулационни системи“ и сектор „Изграждане на нови, както и разширяване и модернизация на съществуващи аквакултурни стопанства“, Проект BG14MFOR001-2.006-0015 „Разширяване, модернизация и повишаване на енергийната ефективност на съществуващо рибовъдно стопанство и подобряване на условията на труд на работещите в него“, изменен с допълнително споразумение № МДР-ИП-01 -72/26.06.2018 г. /л.28-38/.

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ е провел процедура избор на изпълнител, чрез публикуване на Публична покана №3-10.04.2018 г. по реда на чл. 51 от ЗУСЕСИФ и ПМС №160/2016 г. с предмет „Изграждане на Фотоволтаична инсталация за енергийно подпомагане на люпилня- складове, лаборатория и битов персонал” /л.39-53/.

В резултат на проведената процедура е сключен Договор от № 2 от 15.05.2018 г. с Възложител- [фирма] и Изпълнител- [фирма] на стойност 83 541,10 лв. без ДДС с предмет: „Изграждане на Фотоволтаична инсталация за енергийно подпомагане на люпилня - складове, лаборатория и битов персонал”, финансирано по Договор № МДР-ИП-01-7/14.03.2018 г. Проект BG14MFOR001-2.006-0015, финансиран по ПМДР 2014-2020, съфинансирана от Европейския фонд за морско дело и рибарство“ в съответствие с приетите техническо и ценово предложение по проведената процедура- Публична покана /ПМС 160/, неразделна част от договора, които не могат да бъдат променяни по време на изпълнение на договора /л.188-193/.

Управляващият орган на Програмата за морско дело и рибарство 2014-2020 г. (УО на ПМДР) е започнал процедура по определяне на финансова корекция по сигнал от ИА СОСЕЗФ, получен с предварителен одитен доклад, във връзка с извършен одит на процедура за избор на изпълнител по реда на ПМС № 160/2016 г. с предмет „Изграждане на фотоволтаична инсталация за енергийно подпомагане на люпилня - складове, лаборатория и битов персонал“.

На УО е връчен и окончателен одитен доклад от проверката на И А СОСЕЗФ с дата 15.10.2019 г. В доклада е потвърдено, че са констатирани нарушения при провеждането на процедура за избор на изпълнител по реда на ПМС № 160/2016 г. с предмет „Изграждане на фотоволтаична инсталация за енергийно подпомагане на люпилня - складове, лаборатория и битов персонал" /л.238-244/.

До бенефициера [фирма] е изпратено писмо 70-3767/18.08.2020 г. относно: Откриване на производство по издаване на Решение за налагане на финансова корекция за проектно предложение № BG14MFOR001-2.006-0015 „Разширяване, модернизация и повишаване на енергийната ефективност на съществуващо рибовъдно стопанство и подобряване на условията на труд на работещите в него“, във връзка с договор за изпълнение №2 от 15.05.2018 г. с изпълнител [фирма]. Със същото на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСИСИФ на жалбоподателя е предоставена възможност, да представи своите възражения в срок 14 календарни дни, считано от деня следващ деня на получаване на писмото. Писмото е изпратено в ИСУН на 25.08.2020 г. /л.234-237/.

В указания срок, с кореспонденция в ИСУН 2020 бенефициерът е представил възражение по основателността и размера на финансовата корекция /л.245-250/.

С Решение за определяне на финансова корекция № МДР-СД.01-25 от 20.04.2021 г., Заместник- министър на земеделието, храните и горите и Ръководител на

Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. /ПМДР/, в обжалваната част, Констатация №1 Ограничително изискване, на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, във връзка с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, като са взети предвид обстоятелствата по чл. 72, ал.1 на ЗУСЕСИФ е определена финансова корекция на бенефициера [фирма] в размер на 5 % (пет процента) от допустимите разходи по договор № 2 от 15.05.2018 г. с изпълнител [фирма] на стойност 83 541,10 лв. без ДДС. На основание чл. 75, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, сумата по финансовата корекция в размер на 2 088,49 лв. (две хиляди и осемдесет и осем лева и четиридесет и девет стотинки), представляваща верифицирана и изплатена безвъзмездна финансова помощ, следва да се възстанови доброволно от бенефициента.

В мотивите на решението е посочено, че при извършените проверки е констатирано следното: В раздел Ш.2.2, т.2 от публичната покана е посочено следното изискване към техническите възможности на кандидатите: „Кандидатът трябва да има опит в изпълнението на СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка, изпълнени през последните 5 (пет) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си. Строителството, трябва да е приключено и прието от съответния Възложител преди датата на подаване на офертата от участника“. За доказване на изискването бенефициента е изискал „Списък на изпълнени от кандидата СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка изпълнени през последните 5 (пет) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си, включително стойностите, датите и възложителите“. Според Ръководителя на управляващия орган /УО/ така заложеното изискване за изпълнени сходни дейности през последните 5 приключени финансови години противоречи на чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016, тъй като необосновано е ограничено правото на икономическите оператори да докажат опит в сходни дейности, придобит през последните 5 години, считано до датата на подаване на офертата. Нарушението е по чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016 г., представляващо нередност по т. 9 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Приета е ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.), за която е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за изпълнение.

Изложени са мотиви относно начина на определяне на по-ниска финансова корекция от 5 % върху разходите по засегнатия договор. Посочено е, че в одитираното искане за плащане № 2 са включени разходи в размер на 83 539,30 лв. по засегнатия договор. Изведен е извод, че размера на грешката в одитираните разходи е 4 176,97 лв. (5% от 83 539,30 лв. одитирани сертифицирани разходи по договор №2 от 15.05.2018 г. с изпълнител [фирма]), съответно 2 088,49 лв. безвъзмездна финансова помощ.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

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, жалбата е основателна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

По отношение на компетентността на органа издал акта и спазване на административно производствените правила:

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган.

Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ ръководителят на Управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Процесното решение е издадено от компетентен орган. Според чл. 39 от Устройствения правилник на МЗХГ, Дирекция „Морско дело и рибарство“ изпълнява функциите на Управляващ орган на Програмата за морско дело и рибарство 2014 – 2020 г. (ПМДР), а ръководител на тази дирекция, като част от структурата на министерството е министърът на земеделието, храните и горите. В случая издател на обжалвания акт е доц. д-р Л. В.-заместник-министър на ЗХГ и ръководител на УО ПМДР, редовно оправомощен със заповед № РД-09-365/07.04.2021 г. на министъра на земеделието, храните и горите /л. 27/.

При извършената служебна проверка съдът не констатира съществени нарушения на административнопроизводствени правила. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма- чл. 59, ал. 2 АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59 ал. 2, т. 4 АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на управляващия орган, одобрил проекта. Преди издаване на решението, управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициерът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства (чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ). На основание чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представяне на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициера доказателства и направените от него възражения. От данните по делото е видно, че жалбоподателя е уведомен своевременно от УО за резултата от последващия контрол и за стартирането на процедура по налагане на финансова корекция, като е посочена информацията по проверката и приложимата процедура и е извършен правен анализ на установените факти. На бенефициера е предоставен срок за възражения- 14 календарни дни, считано от деня следващ деня на получаване на писмото, каквито същият депозирал.

Предвид изложеното, правото на защита на жалбоподателя не е ограничено и в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, които да обосновават незаконосъобразност на постановеното решение.

По същество:

По делото е безспорно установено, че [фирма] е провел процедура за избор на

изпълнител и е сключен Договор от № 2 от 15.05.2018 г. с Изпълнител- [фирма] на стойност 83 541,10 лв. без ДДС с предмет: „Изграждане на Фотоволтаична инсталация за енергийно подпомагане на люпилня - складове, лаборатория и битов персонал”, финансирано по Договор № МДР-ИП-01-7/14.03.2018 г. Проект BG14MFOR001-2.006-0015, финансиран по ПМДР 2014-2020, съфинансирана от Европейския фонд за морско дело и рибарство“ в съответствие с приетите техническо и ценово предложение по проведената процедура- Публична покана /ПМС 160/, неразделна част от договора, които не могат да бъдат променяни по време на изпълнение на договора. Безспорно е, че е открито производство по налагане на финансова корекция спрямо бенефициера- [фирма],

Тези факти не са спорни между страните, а спорът се свежда до това, дали жалбоподателят е допуснал посоченото в оспореното решение нарушение, съставляващо нередност и влечащо налагане на финансова корекция.

Разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., във връзка с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, дава определение на понятието „нередност“, което е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Понятието „икономически оператор“ е определено в т. 37 на същата разпоредба и това е всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган.

Като правно основание за издаване на оспореното решение, административният орган е приел чл. 9, ал. 5, чл. 70, ал. 1, т. 9, във връзка чл. 72, ал. 1 и чл. 73, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), Заповед № РД 09-365 от 07.04.2021 г. на министъра на земеделието, храните и горите и извършена проверка от Изпълнителна агенция „Сертификационен одит на средствата от Европейските земеделски фондове“ (ИА СОСЕЗФ) и констатирано нарушение по чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, вр. чл.3, ал.13, т.2 ПМС №160/2016 г., съставляващо нередност по чл.9 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Приета е ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.).

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ, финансова подкрепа със средства

от Европейските структурни и инвестиционни фондове (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. Съгласно чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ е Наредбата за посочване на нередности. В наредбата са посочени случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, както и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции, определяни за нередности – чл.1, т.1 и 2 от наредбата. В чл.2, ал.1 от същата е визирано, че нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Финансовата корекция се определя като отмяна на всички или част от публичния принос за дадена операция или оперативна програма чл. 143, ал. 2 от Регламент 1303/2013 г. Целта на налагане на финансовите корекции е визирана в чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия да са в съответствие на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Следва да се посочи, че финансова корекция не е санкция. Тя е инструментът, чрез който се цели да се възстанови положението преди извършването на разхода, който е признат за недопустим или незаконосъобразен, т.е. да се поправи причинената вреда. А механизмът за възстановяване на вредата в бюджета на Съюза е чрез отнемане на незаконно придобитата облага и в частност като задължи бенефициента да възстанови сумата, която е придобита в резултат на допуснатата нередност. В това именно се състои основната разлика между финансовите корекции и налагането на глоби и санкции по националното законодателство. (в този смисъл решение от 26.05.2016г. по съединени дела C-260/14 и C-261-14, решение C-158/08 СЕС, C-341/2013, C-599/13 на СЕС).

В случая както се посочи по-горе е проведена процедура за избор на изпълнител, чрез публикуване на публична покана по реда на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и ПМС № 160/2016 г.

Според разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, бенефициерите на БФП могат да възлагат на изпълнители – външни за тях лица, дейности по изпълнението и/или по управлението на проект, когато това е предвидено в него за съответната дейност, а според ал. 2 за определянето на изпълнител за дейностите по строителство, услуги и/или доставки на стоки – обект на обществена поръчка по смисъла на Закона за обществените поръчки /ЗОП/, се прилагат правилата, предвидени във: 1. ЗОП - когато бенефициентът е възложител по смисъла на същия закон /ЗОП/; 2. тази глава /Глава четвърта/– когато бенефициентът не е възложител по смисъла на ЗОП /какъвто е настоящия случай/. За възлагането на изпълнението на дейности по изпълнението и/или управлението на проекта следва да определи външен изпълнител по правилата, определени в Глава четвърта от ЗУСЕСИФ /чл. 49-54 ЗУСЕСИФ/, респективно след провеждане на избор с публична покана /чл. 50, ал. 1 ЗУСЕСИФ/. Според чл. 54 ЗУСЕСИФ, правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана се определят с нормативен акт на Министерския съвет /МС/, какъвто нормативен акт в случая се явява Постановление № 160 на МС от 1.07.2016 г. за определяне правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ПМС № 160/01.07.2016 г., обн. ДВ, бр. 52 от 08.07.2016 г., в сила от 08.07.2016 г. /.

Финансовата корекция на жалбоподателя е наложена за нарушение на чл.51, ал.4, във вр. с чл. 3, ал. 13, т.2 от ПМС № 160/2016 г.

Съгласно разпоредбата на чл.51, ал.4 ЗУСЕСИФ бенефициентите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, както и информация, насочваща към конкретен модел, източник, процес, търговска марка, патент или друго подобно, което би довело до облагодетелстването или елиминирането на определени лица или продукти, а когато предвид спецификата на предмета това е обективно невъзможно, след посочването им се добавят думите "или еквивалентно".

Нормата на чл.3, ал.13, т.2 от Постановление № 160 на МС от 1.07.2016 г. за определяне правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове, гласи: „В случай че в публичната покана са включени изисквания за технически възможности и/или



квалификация на кандидатите, бенефициентът може в зависимост от характера, количеството и обекта на процедурата да изиска от тях да представят един или няколко от следните документи: 2. списък на изпълненото строителството, сходно с предмета на поръчката, най-много за последните 5 години от датата на подаване на офертата в зависимост от датата, на която кандидатът е учреден или е започнал дейността си, придружен от препоръки за добро изпълнение; тези препоръки посочват стойността, датата и мястото на строителството, както и дали то е изпълнено в съответствие с нормативните изисквания;“.

В случая е констатирано следното нарушение: В раздел III.2.2, т.2 /погрешно посочен вместо раздел III.2,3, т.2/ от публичната покана е посочено следното изискване към техническите възможности на кандидатите: „Кандидатът трябва да има опит в изпълнението на СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка, изпълнени през последните 5 (пет) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си. Строителството, трябва да е приключено и прието от съответния Възложител преди датата на подаване на офертата от участника“. За доказване на изискването бенефициента е изискал „Списък на изпълнени от кандидата СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка изпълнени през последните 5 (пет) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си, включително стойностите, датите и възложителите“.

Според Ръководителя на управляващия орган /УО/ така заложеното изискване за изпълнени сходни дейности през последните 5 приключени финансови години противоречи на чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016, тъй като необосновано е ограничено правото на икономическите оператори да докажат опит в сходни дейности, придобит през последните 5 години, считано до датата на подаване на офертата.

Според жалбоподателят, периодът, който е определил Възложителя-последните пет приключили финансови години от/преди датата на подаване на офертата в поканата е от 02.05.2018 г. назад до 02.05.2013 г., което напълно се вписвало в срока определен от законодателя, а именно назад от 02.05.2018 г.— до 02.05.2013 г. Т.е. независимо от факта, че срокът е определен в две последователни изречения, ставало абсолютно ясно, че в списъка, който кандидата представя ще се вземе под внимание строителства извършено назад от 02.05.2018 г. - до 02.05.2013 г., в пълно съответствие с изискването на чл. 3, ал. 13, т.2 от ПМС 160. Позовава се на одитната констатация: "все пак бенефициента е представил в поканата

допълнително разяснение, че строителството трябва да е приключено и прието от съответния възложител преди датата на подаване на офертите". Тази констатация на практика доказвала, че одитният орган потвърждава, че бенефициента изрично е указал в поканата, че се приема строителство приключило и прието преди датата на подаване на офертите, тоест не съществува никаква ограничаване по отношение периода от 01.01.2018 г. - 02.05.2018 г., поради което нямало ограничаване правото на икономическите оператори да докажат опит в сходни дейности, придобит през последните пет години считано до датата на подаване на офертата.

Съдът споделя извода на УО, че съдържанието на понятието „приключила финансова година“ е определено от §1 т.14 ДР на Закона за счетоводството, според която разпоредба “отчетен период” е календарната година от 1 януари до 31 декември, освен ако в закон е определено друго. Финансовата година съвпада с календарната, т.е. започва на 1 януари и приключва на 31 декември. Съгласно заложеното изискване в публичната покана, за начален срок на изпълнените дейности се приема датата 01.01.2013 г. Допълващото разяснение „Строителството трябва да е приключено и прието от съответния възложител преди датата на подаване на офертата от участника" е прието от Управляващия орган на ПМДР и от Одитния орган, като ограничено влияние на нарушението, с оглед на което мотивирано е намалена препоръчаната финансова корекция от 10% на 5% върху разходите по засегнатия договор.

С оглед гореизложеното може да се направи заключение, че е налице нарушение на императивната норма на чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016 г., тъй като посоченото условие в публичната покана оказва възпиращо въздействие върху потенциалните участници.

В обжалвания акт Ръководителя на УО обаче неправилно е квалифицирал нарушението като нередност по т. 9 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Приета е ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.). За да приеме това съобрази следното:

Процесното решение е издадено на 20.04.2021 г. Актуалната към момента на издаване на оспорвания административен акт разпоредба на т.9

Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 (Изм. – ДВ, бр. 67 от 2019 г., в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 2020 г.) от Наредбата, не съответства на така установеното нарушение. На първо място липсва самостоятелна т.9, а са

визирани т.9.1, т.9.2 и т.9.3. Съгласно Приложението към Наредбата за нередности, описанието на нередността по т.9.1 включва „Липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на критериите за подбор и/или възлагане (и/или тяхната тежест), или условията за изпълнение на поръчката, или техническите спецификации.“, като са дадени две хипотези с различна санкция- б.“а“ и б.“б“. В т.9.2 е разписано: „Липса на достатъчно описание на критериите за възлагане или тяхната тежест“, а в т. 9.3 „Липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация“.

В случая, Управляващият орган е приел, че е налице нарушение на императивната разпоредба на чл.54, ал.4 ЗУСЕСИФ, а именно-бенефициерите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, което не кореспондира с нито една от хипотезите на т.9.1, т.9.2 или т.9.3, касаещи липса на публикуване в обявлението на задължителни реквизити, респ. липса на достатъчно описание на критериите за възлагане или тяхната тежест“ или липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация.

Предвид това, че правната квалификация е неправилна, решението в тази му част е незаконосъобразно.

По изложените съображения оспореното решение следва да бъде отменено.

Основателна при този изход на спора е претенцията на жалбоподателя за присъждане на направените в производството разноски. Претендират се разноски в размер на 1 868.33 лв., от които държавна такса- 668,33 лв. и адвокатско възнаграждение в размер на 1 200,00 лв., съгласно приложен договор. Предвид направеното възражение за прекомерност, съдът намира, че следва ответникът да бъде осъден да заплати на жалбоподателя адвокатско възнаграждение в размер на 376.19 лева /чл.8, ал.1, т.2 от Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения/. По отношение на държавната такса съдът констатира, че същата неправилно е била определена в размер на 668,33 лв., а именно 0.8 % върху стойността на договора, вместо върху финансовата корекция /2 088.49 лева/, поради което ответникът следва да заплати на жалбоподателя държавна такса в размер на 16.71 лева.

*Така мотивиран, Административен съд– София град, Трето отделение, 73- и състав,*

**РЕШИ:**

ОТМЕНЯ по жалба на [фирма], ЕИК-[ЕИК] Решение за определяне на финансова корекция № МДР-СД.01-25 от 20.04.2021 г., Заместник-министър на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. /ПМДР/, в частта, Констатация №1 Ограничително изискване.

ОСЪЖДА Заместник- министър на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. да заплати на ЕТ [фирма], ЕИК-[ЕИК] да заплати на сума в размер на 392.90 лева разноси по делото.

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

СЪДИЯ: