

# РЕШЕНИЕ

№ 2338

гр. София, 10.04.2024 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,**  
в публично заседание на 01.04.2024 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Младен Семов**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **2296** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК) във връзка с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, [населено място], [улица], представлявана от председателя на Управителния съвет, срещу индивидуален административен акт, обективиран в писмо рег. № 04-25-100/29.12.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г. и директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта и съобщенията, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33-2 от 27.02.2012 г. с изпълнител Консорциум „С. Л. 2“, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013 г.“.

Твърди се, че УО на ОПТ неправилно е определил финансова корекция в размер на 5% от посоченият договор за възлагане на ОП, тъй като основен мотив затова е Решение на ЕК от 27.07.2021 г. с което приносът от Кохезионния фонд за оперативната програма се намалява с 8 057 019,15 евро в която сума се включват и 5% от договора. Производството по установяване нередност на държава-член/България/ от страна на ЕК няма обвързващ ефект спрямо А., като жалбоподателят не е страна в това производство, решението на ЕК няма осъдителен диспозитив спрямо А. а има такъв спрямо България. В този смисъл размера на корекцията следва да се заплати от

републиканския бюджет а не от този на жалбоподателя.

На второ място – в мотивите си УО на ОПТ се позовава на т.8, т.10 и т.11от Глава 2 ДНФ 7 относно отписване и възстановяване недължимо платени и надплатени суми, но в нито една от посочените клаузи от посочените клаузи не е разписан ред по който следва да се възстановят средствата при наложена ФК, при положение,че адресат на акта на европейска институция е ДЧ.В тази връзка се твърди още,че мотивите на УО са бланкетни,неподкрепени с доказателства и/или аргументи от които може да се заключи,че А. следва да заплати корекцията от собствения си бюджет.

На трето място се твърди, че със процедурата по налагане на ФК се пререшава спор,приключил с издаването на окончателен административен акт от страна на ЕК.В такава хипотеза УО единствено може да не приема възраженията на жалбоподателя и да наложи корекция.

На четвърто място се твърди,че наличието на ограничаващо конкуренцията и/или непропорционално изискване за минимално равнище за капацитет и способност за изпълнение на поръчките следва да бъде преценявано за всеки отделен случай,съобразен със спецификите и характера на поръчката,нейният предмет и целта на възложителя.Изискванията на възложителя в конкретният казус са свързани с конкретните строителни работи, необходими за изпълнение на строителството а не е въведено самоцелно,респ. изискването за наличие на минимален опит обслужва обществения интерес и не цели дискриминиране останалите участници в процедурата.СЕС допуска подобен вид ограничение при наличие на обстоятелства,свързани с предмета и конкретните изисквания на поръчката, в която връзка се позовава на т.48 от Решение по дело С-387/ 2014. Нещо повече – решението за откриване не е обжалвано от заинтересованите участници,което е ясна индиция,че заложеното минимално изискване от възложителя не е ограничило конкуренцията и достъпа до поръчката в степен обосноваваща нарушение на правилата за провеждане на ОП.

Като следствие претендира отмяна на акта.

Отвратната страна - ръководител на управляващия орган на оперативна програма „Транспорт“ 2007-2013г. и директор дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта изразява становище за неоснователност на жалбата и претендира отхвърлянето и по аргументи,аналогични с тези,инкорпорирани в съдържанието на оспореният акт, което съдът ще възпроизведе по-нататък в настоящото решение.

Процесната жалба е редовна - в срок, в съответствие с изискванията за форма,съдържание и приложения и допустима и допустима,като подадена от лице с правен интерес,срещу подлежащ на оспорване акт и при липса на отрицателни процесуални предпоставки.

По съществуването на спора, с оглед твърденията на страните и предмета на съдебен контрол съдът съобрази:

Жалбоподателят е бенефициент по приоритетна ОС 2 “Развитие на пътната инфраструктура по Трансевропейските и основни национални транспортни оси“ на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г., чрез договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ рег. № ДОПТ-18/01.12.11 г., сключен с Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията (днес Министерство на транспорта и съобщенията).

В изпълнение на посочения договор жалбоподателят е открил и провел

процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет: „Определяне на изпълнител за проектиране и строителство на обект: „Автомагистрала „С.“, Л. 2, участък Д. - Б.“ от км 359+000.

След приключване на процедурата по възлагане на обществена поръчка е сключен договор с избрания изпълнител - Консорциум „С. Л. 2“.

С Решение на Европейската Комисия от 27.07.2021г. С(2021) 5793 за отмяна на част от приноса от Кохезионния фонд за Оперативна програма „Транспорт“ 2007 - 2013 по цел „Сближаване“ в България, ССИ2007BG161PO004, е установено нарушение на чл. 44, пар. 2 и чл. 48, пар. 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО, допуснато във връзка с три договора за възлагане на обществени поръчки, както следва: „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ лот.2“, публикувано в ОВ на ЕС под референтен номер 2012/S 41-066384; „Проектиране и строителство на път Е85 /1-5/ „К.-Подкова“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 11-016380; „Проектиране и строителство на Софийски околновръстен път“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 236-382227“. Със същото решение е отменена сумата от 8 057 019,15 евро от приноса на бюджета на Съюза за ОП „Транспорт“, равняваща се на 5% за разходите, декларирани за засегнатите операции.

Като следствие и с писмо рег. № 04-25-100/08.11.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган на ОП „Транспорт“ 2007 – 2013 г. е образувано производство по определяне на финансова корекция по отношение на жалбоподателя - Агенция „Пътна инфраструктура“, във връзка с възлагане на посочената обществена поръчка. В писмото не се съдържа установителна част по факти и обстоятелства, нито се образува производство по установяване на нередност, като в тази връзка същото препраща пряко към установеното и констатирано от страна на ЕК, нарушение.

С посоченото писмо е предоставен срок за депозиране на възражение, което е и сторено от жалбоподателя с писмо от 16.11.2022г.

Като резултат от националното производство и с оспорвания индивидуален административен акт е прието, че :

Въведеното в документацията условие „когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, всеки един от членовете на обединението трябва да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос“, при липсата на извънредни обстоятелства оправдаващи залагането на подобен критерий е непропорционално и нарушава разпоредбите на чл.44 пар.2 и чл.48 пар.3 и 4 от директива 2004/18/ЕО и на чл.25 ал.5 от ЗОП/отм/. В документацията липса обосновка посоченото изискване да се основава на извънредни обстоятелства.

Посоченият извод се засилва и от изискването посоченото равнище на носимоспособност да бъде достигнато от всеки член на групата, подаваща оферта, респ. фактът, че от всички икономически оператори се изисква да имат едно и също равнище на опит означава, че този критерий не засяга конкретна задача, която всеки от членовете на групата е длъжен да изпълнява според собствения си опит и капацитет.

Р. е посочил, че съобразно пар.1 от ПЗР на Постановление № 57 от 28 март 2017г. за приемане на Наредба за посочване на нередности, представляващи основание за определяне на финансови корекции е предвидено Методологията за определяне на финансови корекции да се прилага до издаване декларация за приключването и окончателен контролен доклад за програмен период 2007-2013г. На тази база и на

основание чл.1 ал.2 вр. чл.5 т.1 от Методологията и съобразно т.10 от приложението към нея е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключеният договор по възлагане на обществена поръчка. Посочено е още, че приложеният процент корекция е най-ниския възможен, предвид факта, че в процедурата са взели участие и подали оферти 9 участника.

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

Успоредно с това и при постановяването му не е допуснато нарушение на процесуалните правила, доколкото жалбоподателят е бил уведомен за констатациите на Р. на ОП и е имал възможност да се запознае предварително с тях и да изложи възражение.

От практиката на почитаемия Съд на ЕС следва, че: „Що се отнася до понятието „обществени поръчки за строителство“ по смисъла на член 1, буква а) от Директива 93/37 и на член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, следва да се отбележи, че то визира възмездните договори, сключени в писмена форма между, от една страна, един или няколко икономически оператори, и от друга страна, от един или няколко възлагачи органи, чийто обект е изпълнение или проектиране и изпълнение на строителни работи, свързани с една от дейностите, посочени в приложение II към Директива 93/37 и в приложение I към Директива 2004/18, или на строеж, определен в член 1, буква в) от Директива 93/37 и в член 1, параграф 2, буква б) от Директива 2004/18, или извършване, независимо с какви средства, на строеж, отговарящ на изискванията на възлагачия орган. (решение от 26 май 2011 г. по дело C-306/08, ECLI:EU:C:2011:347) В този смисъл предметът на конкретната поръчка в съответствие с дадената дефиниция несъмнено позволява същата да се характеризира като обществена поръчка за строителство.

С оспорваното национално писмо-решение и при спазване от формална страна на процедурата по администриране на нередности по националния ЗУСЕСИФ, компетентният орган отчасти е преписал дословно, а отчасти е възпроизвел по съдържание - фактите и изводите, обективирани от ЕК в решението от 27.07.2021 г. Въсъщност този извод личи най-ясно и от писмото за откриване на процедурата по определяне на финансова корекция, където Р. не излага никакви собствени констатации и намерения за откриване на производство, възпроизвежда възприетото от ЕК и предоставя срок за възражение на жалбоподателя, след което постановява и процесния акт.

С процесното решение ЕК разглежда допуснатото от Република България нарушение във връзка с три отделни договора за възлагане на обществени поръчки, както следва: „Проектиране и строителство на автомагистрала „С.“ лот.2“, публикувано в ОВ на ЕС под референтен номер 2012/S 41-066384, „Проектиране и строителство на път E85 /1-5/ „К.-Подкова“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 11-016380, и „Проектиране и строителство на Софийски околворъстен път“, публикувано в ОВЕС под референтен номер 2011/S 236-382227“.

За да установи наличие на нарушение на приложимото право като основание за

определяне на процесната финансова корекция и отмяна на подкрепата със средства от бюджета на Съюза, ЕК е констатирала (виж т. 32 от решението), че „според обявлението за поръчка, когато оферентът е сдружение на физически и юридически лица, всеки член на консорциума е длъжен да докаже, че е изпълнил един или повече договора за строителство на автомагистрала и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос. В документацията за обществената поръчка не се съдържа обосновка на това изискване въз основа на извънредни обстоятелства.“

Така описаното нарушение е квалифицирано като непропорционален критерий, нарушаващ чл. 44, пар. 2 и чл. 48, пар. 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО. За да даде тази квалификация, Комисията се е позовала на практика на СЕС - т. 85 от Решение по дело С-298/15, Borta, EU:C:2017:266, във връзка с т. 39 и т. 40 от решение по дело С-234/14 P. Apelski, EU:C:2016:214.

С определение № 5341 от 04.07.2022г. съдът е спрял производството, отправяйки, на основание чл. 267, пар. 1 б. „б“ от Договора за функциониране на Европейския съюз, преюдициално запитване до СЕС, по което запитване е постановено и решение от 30 януари 2024 година, по дело С-471/22, Агенция „Пътна инфраструктура“, ECLI:EU:C:2024:99.

Посоченото решение настоящият състав следва да приложи пряко, инкорпорирайки в текста на настоящото решение всички правноотноситими и правнозначими изводи за спорното производство, с пряка референция както към възраженията на жалбоподателя, така и на служебно анализирани от съда и поставени към СЕС въпроси.

Като следствие валидни са съображенията относно изискванията за излагане на самостоятелни фактически и правни основания на националният орган администриращ процедурата по налагане на финансова корекция, както и правната значимост на изводите обективирани в постановеното решение на ЕК спрямо България.

В своето решение СЕС ясно е постановил, че :

33 От членове 98 и 99 във връзка със съображение 65 от Регламент № 1083/2006 следва, че на първо място, държавата членка трябва да провери правилното използване на средствата и евентуално да установи наличието на нередност по смисъла на член 2, точка 7 от посочения регламент. Член 98, параграф 2, първа алинея от същия регламент предвижда, че държавите членки са длъжни да извършат финансова корекция, ако установят нередности във връзка с операции или оперативни програми (вж. в този смисъл решения от 26 май 2016 г., *Județul Neamț и Județul Vaslui*, С-260/14 и С-261/14, EU:C:2016:360, т. 48, и от 6 декември 2017 г., *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere*, С-408/16, EU:C:2017:940, т. 64 и 65).

34 Това тълкуване се потвърждава от член 60, буква а) от Регламент № 1083/2006, съгласно който управляващият орган гарантира, че операциите, избрани за финансиране, са в съответствие с приложимите правила на Съюза и национални правила за целия период на осъществяването им.

35 Само при условията на евентуалност, за да поправи неизпълнение от страна на държавата членка, Комисията е оправомощена на основание член 99 от Регламент №

1083/2006 да приеме мерки за финансова корекция, когато стигне до заключението, че дадена държава членка не е изпълнила задълженията си по член 98 от този регламент. В случая в решението от 27 юли 2021 г. Комисията отбелязва, че Република България не е приела никакво решение на основание член 98 от посочения регламент.

36 Освен това от член 101 от Регламент № 1083/2006 следва, че определянето на финансова корекция от Комисията на държава членка не засяга задължението на последната по член 98, параграф 2 от този регламент да събере неправомерно получените от бенефициерите средства на Европейския съюз.

37 Това тълкуване се потвърждава от член 70, параграф 1, буква б) от Регламент № 1083/2006, който гласи, че държавите членки, които отговарят за управлението и контрола на оперативните програми, имат задължението да осигурят възстановяването на неправомерно изплатени суми, ако има такива, заедно с лихвите за забава.

38 От тук следва, че държавите членки имат задължение да съберат средствата на Европейския съюз, получени неправомерно вследствие на злоупотреба или небрежност от страна на бенефициерите, и това им задължение по правило не отпада, дори и да са възстановили тези средства на Съюза в изпълнение на решение на Комисията, чиито адресати са (вж. по аналогия решения от 13 март 2008 г., *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening* и др., C-383/06—C-385/06, EU:C:2008:165, т. 38 и 58, от 21 декември 2011 г., *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C-465/10, EU:C:2011:867, т. 34, и от 18 декември 2014 г., *Somvaio*, C-599/13, EU:C:2014:2462, т. 44 и 45).

39 Следователно, когато Комисията приеме решение за финансова корекция на основание член 99 от Регламент № 1083/2006, държавата членка е длъжна по силата на член 101 от този регламент да събере неправомерно получените суми, като приеме мерки за финансова корекция на основание член 98, параграф 2 от посочения регламент, освен ако събирането е станало невъзможно поради грешка или небрежност на тази държава членка (вж. в този смисъл решение от 1 октомври 2020 г., *E. Messer Metalurgs*, C-743/18, EU:C:2020:767, т. 71).

40 Когато приемат такива мерки, с които прилагат правото на Съюза, държавите членки са длъжни да спазват общите принципи на това право и разпоредбите на Хартата (вж. в този смисъл решения от 26 май 2016 г., *Județul Neamț* и *Județul Vaslui*, C-260/14 и C-261/14, EU:C:2016:360, т. 54, и от 17 ноември 2022 г., *Avicarvil Farms*, C-443/21, EU:C:2022:899, т. 38).

41 Тъй като в този контекст запитващата юрисдикция се позовава по-специално на член 41 от Хартата, който се отнася до правото на добра администрация, е важно да се подчертае, че адресати на този член са институциите, органите, службите и агенциите на Съюза, а не органите или структурите на държавите членки, поради което частноправен субект не може да се позовава на този член пред националните органи (вж. в този смисъл решение от 17 юли 2014 г., *YS* и др., C-141/12 и C-372/12, EU:C:2014:2081, т.

67). Когато обаче държава членка прилага правото на Съюза, изискванията, произтичащи от правото на добра администрация като общ принцип на правото на Съюза, и по-конкретно от правото на всяко лице засягащите го въпроси да бъдат разглеждани безпристрастно и в разумен срок, са приложими за провежданата от компетентния национален орган процедура (вж. в този смисъл решения от 8 май 2014 г., N., C-604/12, EU:C:2014:302, т. 49 и 50, и от 10 февруари 2022 г., Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Давностен срок), C-219/20, EU:C:2022:89, т. 37).

42 Доколкото запитващата юрисдикция се позовава и на правото на участие в процедурата, следва да се уточни, че тъй като позволява да се упражни правото на изслушване, това право е неразделна част от правото на защита, зачитането на което представлява общ принцип на правото на Съюза. Правото на изслушване гарантира на всяко лице възможността да изрази надлежно и ефективно становището си в хода на административната процедура и преди приемането на всяко решение, което може да засегне неблагоприятно интересите му, включително когато приложимата правна уредба не предвижда такова изискване. Правилото, съгласно което на адресата на увреждащо решение трябва да бъде предоставена възможност да изрази своето становище, преди решението да бъде прието, има за цел да позволи на компетентния орган да отчете надлежно всички релевантни фактори (вж. в този смисъл решение от 5 ноември 2014 г., Mukarubega, C-166/13, EU:C:2014:2336, т. 44—47 и 49).

43 Следователно това правило е приложимо към процедура за финансова корекция, проведена от националните органи на основание член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006 вследствие на решение на Комисията, с което се установява нередност.

44 С оглед на изложените съображения на третия и четвъртия въпрос следва да се отговори, че член 98, параграф 2 от Регламент № 1083/2006 във връзка с общите принципи на правото на Съюза на добра администрация, на зачитане на правото на защита и на равните процесуални възможности трябва да се тълкува в смисъл, че ако в прието на основание член 99 от този регламент решение Комисията установи нередност по смисъла на член 2, точка 7 от посочения регламент и с оглед на това определи финансова корекция на държава членка, компетентните национални органи трябва по правило да съберат неправомерно получените суми, като определят финансова корекция на бенефициера на средствата след провеждане на самостоятелна административна процедура, в хода на която този бенефициер трябва да може да изрази надлежно и ефективно становището си.

В този смисъл СЕС ясно постановява, че Р. не е пререшил един разрешен спор с административен акт, а настоящият състав счита за необходимо да подчертае разликата в Процедурите по определяне ФК по отношение на

държава-член, изразяваща се в частична отмяна на приноса по определена ОП и националното производство по определяне на ФК. Видно и от постановеното от СЕС, националните органи не пререшават, а са длъжни да предприемат мерки за събиране неправомерно получените/отпуснати/ средства. В този смисъл действията на Р. са нормативно обосновани целево оправдани. Като продължение:

46 Принципът на ефективна съдебна защита, закрепен в член 47 от Хартата, включва различни аспекти, като по-конкретно правото на защита, принципа на равни процесуални възможности, правото на достъп до съд и правото на съвети, защита и представителство (решение от 6 ноември 2012 г., *Otis* и др., C-199/11, EU:C:2012:684, т. 48).

47 Както обаче бе припомнено в точка 42 от настоящото решение, правото на изслушване, което е неразделна част от правото на защита, гарантира на всяко лице възможността да изрази надлежно и ефективно становището си в хода на производството (решение от 26 октомври 2021 г., *Openbaar Ministerie* (Право на изслушване от изпълняващия съдебен орган), C-428/21 PPU и C-429/21 PPU, EU:C:2021:876, т. 62). Това право би било нарушено, ако съдебното решение се основава на факти и документи, с които самите страни — или една от тях — не са могли да се запознаят и по които съответно не са могли да вземат отношение (решение от 17 ноември 2022 г., *Harman I. Industries*, C-175/21, EU:C:2022:895, т. 63).

48 Освен това принципът на равни процесуални възможности, който, подобно на принципа на състезателност, произтича от правото на справедлив процес, предполага задължението да се осигури на всяка от страните разумна възможност да представи своята позиция, включително да посочи доказателствата си, при условия, които не я поставят в явно неблагоприятно положение спрямо противната страна. Така този принцип гарантира равни права и задължения на страните, що се отнася по-специално до правилата относно събирането на доказателства и състезателното начало пред компетентния съд. Следователно всеки представен пред този съд документ трябва да може да бъде преценен и оспорен от всяка от страните в производството (вж. в този смисъл решения от 6 ноември 2012 г., *Otis* и др., C-199/11, EU:C:2012:684, т. 71 и 72, от 10 февруари 2022 г., *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld* (Давностен срок), C-219/20, EU:C:2022:89, т. 46, и от 17 ноември 2022 г., *Harman I. Industries*, C-175/21, EU:C:2022:895, т. 62).

49 От това следва, че когато юрисдикция на държава членка разглежда жалба срещу национален акт, с който се определя финансова корекция на бенефициер на средства от Европейския съюз и който е приет в изпълнение на окончателно решение на Комисията, отменящо изцяло или отчасти приноса на



такъв фонд поради нередност, тази юрисдикция трябва да може да провери и валидността на последното решение. Ако тази юрисдикция счита, че едно или няколко основания за невалидност на решението на Комисията — изтъкнати от страните или евентуално повдигнати служебно — следва да се приемат по същество, трябва да спре производството и да сезира Съда с преюдициално запитване за преценка на валидността, тъй като само той е компетентен да установи невалидност на акт на Съюза (вж. в този смисъл решение от 25 февруари 2021 г., VodafoneZiggo G./Комисия, C-689/19 P, EU:C:2021:142, т. 144).

50 Този механизъм на преюдициално запитване, доколкото позволява да се оспори пред Съда направена от Комисията констатация за нередност, позволява да се гарантира закрепеното в член 47 от Хартата право на ефективни правни средства за защита, с което се ползват адресатите на националния акт за събиране, когато с този акт органите на държавата членка прилагат правото на Съюза.

С оглед предоставената възможността за изразяване на становище както пред Р. в административното производство, така и понастоящем в съдебното жалбоподателя изразява възраженията си, в този смисъл правото му не е ограничено. Дали е въвел правно-значими твърдения и обстоятелства придружени със съответните доказателства е въпрос относим към жалбоподателя, но не може да бъде вменен в нарушение на Р. на ОП. Като продължение:

51 С оглед на изложените съображения на петия и шестия въпрос следва да се отговори, че член 47 от Хартата трябва да се тълкува в смисъл, че допуска национална юрисдикция да бъде обвързана от окончателно решение на Комисията, с което поради нередност се отменя изцяло или отчасти принос от фонд на Европейския съюз, когато разглежда жалба срещу националния акт, с който в изпълнение на посоченото решение се определя финансова корекция на бенефициера на средствата, като, ако има съмнения относно валидността на това решение, тази юрисдикция трябва да сезира Съда с преюдициално запитване за преценка на валидността му.

Настоящият казус разкрива две специфични отличаващи го от производството пред ЕК по определяне на ФК спрямо България, а именно:

На първо място:

Съгласно Глава 5. „Изисквания и доказателства за икономическото и финансово състояние и за техническите възможности и/или квалификация на кандидатите в обществената поръчка с цел предварителен подбор“, т. 8 (от документацията) изрично е записано, че когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, критериите се покриват сумарно от всички

членове на обединението.

Именно в корелация с това изискване е изводът на ЕК по т. 61 от Решението. Респ. посоченото изискване предполага извод за зазаконосъобразно използване на допустим критерий.

Като контратеза - раздел III.2.3 от Обявлението на поръчката предвижда, че когато кандидатът е обединение от физически и юридически лица, всеки от членовете трябва да е изпълнил договор/договори за строителство на АМ и/или пътища с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос.

Изискване, възприето в т. 61 на решението на ЕК като незаконосъобразно.

Така, ясно следва да се отчете, че е налице известно противоречие между документацията и публикуваното обявление на обществената поръчка. Това обстоятелство обаче, само по себе си, е друг тип нарушение, което следва да бъде установено по друг ред. Фактът, че ЕК не го е обсъдила, предполага извода за непълно извършена проверка и необоснованост на решението на Комисията, както и извод за едностранно извършена проверка, насочена към налагане на финансова корекция на държавата.

Във връзка с така установеното противоречие в т.30 от постановеното преюдициално заключение, СЕС приема, че: "... що се отнася до твърдяното противоречие между обявлението за обществена поръчка и спецификациите, които са част от тръжната документация, относно това дали критериите за подбор е трябвало да бъдат изпълнени от всеки консорциум или поотделно от всеки от членовете му, трябва да се констатира, че подобно противоречие, дори да се приеме за установено, не е било изтъкнато от страните в хода на процедурата по определяне на финансова корекция по член 104 от Регламент 2021/1060. Следователно Комисията не може да бъде упрекната, че не е изпълнила задължението си за мотивиране в това отношение."

Предвид факта, че СЕС изрично постановява, че както националната администрация, така и съдът са обвързани от възприетото от ЕК, то поставянето на този въпрос понастоящем е изчерпано и безпредметно. България е следвало да изрази това именно свое възражение, както това е можело да стори и А. на консултативните срещи в ЕК чрез своите представители/изрично посочени в комуникацията от страна на ЕК в производството пред СЕС/. Бездействието на държавата, както и на бенефициента да заяви своевременно свое възражение в производството лишава от предмет и настоящата съдебна проверка, резултата от която се явява опосреден от изричното произнасяне на СЕС досежно обвързаността от решението на ЕК в тази част.

На второ място:

В своето решение ЕК изрично посочва, че при провеждането на три отделни, самостоятелни процедури по възлагане на ОП, възложителят не е посочил и аргументирал наличието на специфични обстоятелства обосноваващи въведеният критерий към участниците.

В този контекст, редом с вече посочената практика на СЕС, следва да се отчете и разрешението, дадено в решение от 31 март 2022 г. по дело C-195/21, LB, ECLI:EU:C:2022:239, и в частност т. 49 - 51, съгласно което:

„49 При определянето на критериите за подбор възлагащият орган трябва и да спазва основните принципи за възлагането на поръчки, посочени в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24. Той следва също така, първо, да третира икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминира, както и да действа по прозрачен и пропорционален начин, второ, да гарантира, че не подготвя поръчката с цел да я изключи от обхвата на тази директива или изкуствено да ограничи конкуренцията, като я подготви с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение.

50 При все това, тъй като възлагащият орган е в състояние най-добре да прецени собствените си нужди, законодателят на Съюза му е предоставил широко право на преценка при определянето на критериите за подбор, както личи по-специално от многократната употреба на глагола „мога“ в член 58 от Директива 2014/24. Така в съответствие с параграф 1 на този член възлагащият орган разполага с известна свобода, за да определи кои изисквания за участие в процедура за възлагане на поръчка счита за пропорционални на предмета на поръчката и свързани с него, и за необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. По-конкретно съгласно параграф 4 от посочения член възлагащият орган преценява свободно изискванията за участие, които от негова гледна точка са необходими, за да се гарантира по-специално изпълнението на поръчката със стандарт за качество, който той счита за подходящ.

51 Следователно при положение че изискването за квалификация е оправдано от предмета на поръчката, че остава пропорционално на този предмет и отговаря и на другите условия, припомнени в точки 48 и 49 от настоящото решение, член 58 от Директива 2014/24 не може да попречи на възлагащия орган да наложи в обявлението за поръчка това изискване само защото то надхвърля минималното ниво на изискване, установено от националната правна уредба. В това отношение националните юрисдикции са длъжни във възможно най-голяма степен да тълкуват вътрешното си право по начин, съответстващ на правото на Съюза (вж. в този смисъл решения от 24 юни 2019 г., *Popiawski*, C-573/17, EU:C:2019:530, т. 57 и от 6 октомври 2021 г.,

Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800, т. 70).“

Следва да се добави още, че съюзната правна рамка не налага никъде изискването възложителят да посочи изрично в документацията за поръчката налице ли са форсмажорни обстоятелства, обосноваващи конкретно възприет критерий. Като допълнение – законосъобразността на подобен критерий се преценява при анализ на самата поръчка и е въпрос по същество и на настоящото дело. Т.е. констатацията на ЕК, че в документацията за поръчката не са изложени аргументи от възложителя относно наличието на обстоятелства, обосноваващи законосъобразност на използвания критерий (виж т. 32 от Решението на ЕК), не представлява само по себе си нарушение, нито би могло да бъде основание да се приеме допуснатото нарушение.

Именно поради това и в светлината на постановеното от СЕС съдът е предоставил възможност на жалбоподателя да изложи пълна аргументация,каквато обаче не е изложена. Никъде в жалбата, в проведеното съдебно заседание преди спирането и след възобновяването на производство жалбоподателят не е изложил дори като твърдение,още повече аргументирано и доказващо наличие на специфични обстоятелства,произтичащи от естеството на дейността и строителството/в унисон с посоченото от ЕК и СЕС/, които да обосноват включването на подобен критерий в документацията. Респ. да опровергават липсата на нарушение. В такава хипотеза съдът би могъл да излезне от рамките на постановеното от СЕС решение и упражнявайки пълен съдебен контрол да съобрази,че липсата на диференциация по отношение на трите процедури с оглед условията за изпълнение на поръчката представляват нарушение от гладна точка на изискванията към България и на ниво ЕК, но в частност и в процесната процедура такова нарушение не е налице. Бидейки обвързан от не/изложените аргументите на жалбоподателя в рамките на две отделни наднационални производства,както в настоящото, но преди всички –обвързан от квалификацията на ЕК и разрешението на СЕС, следствие от тези не/изложени аргументи, съдът не може и не следва да анализира допълнително, самостоятелно и без дори да е изложено подобно твърдение - налице ли са били такива условия по отношение на конкретната процедура. Всъщност, съдът може и установява, при служебна съпоставка на трите процедури, че напълно идентичните обявления за обществените поръчки не допускат дори предполагаема разлика в естеството на осъществяваните дейности по изпълнение, можещо да характеризира като изключителни обстоятелства обосноваващи подобно изискване в частност и за настоящата процедура.

След като на база гореизложеното се установява наличие на допуснатото нарушение,както на директивата,така и на националната норма на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), съдът приема и,че то правилно е квалифицирано като нередност по т. 10. от Приложение към чл. 6, ал. 1 - Критериите за подбор не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката,предвиждащ,

че: „Когато минималните изисквания за възможностите на участника или на кандидата за определена поръчка не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката, като по този начин не се гарантира равен достъп на участниците в процедурата или се ограничава конкуренцията за участие в обществената поръчка. Нарушението е от такова естество, че е създадо потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. В този смисъл и ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона и не бе поставял подобно изискване за подбор, би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства.

Налице са сочените в решението фактически и правни основания за налагане на финансова корекция, като същата е правилно определена като размер по пропорционалния метод, на основание чл. 9, ал. 2 от Методиката. За посочената нередност е предвиден процентен показател от 25 на сто от стойността на договора, с възможност корекцията да бъде намалена до 10 на сто или 5 на сто в зависимост от тежестта на нарушението, като на жалбоподателя за конкретния договор за обществена поръчка е наложен най-ниският процентен показател.

По изложените съображения, оспореният административен акт е законосъобразен, а жалбата като неоснователна следва да се отхвърли. С оглед изхода на спора, на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, вр. чл. 37 от ЗПП и чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв. Липсата на спор по фактите и наличието на произнасяне от страна на СЕС обосновава липсата на фактическа и правна сложност на делото, съответно следва да се присъди възнаграждение в минимален размер.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 предл.четвърто от АПК, Административен съд София-град, 74 състав,

### **Р Е Ш И:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, срещу индивидуален административен акт, обективизиран в писмо рег. № 04-25-100/29.12.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт“ 2007 – 2013 г. и директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта и съобщенията, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД-33-2 от 27.02.2012 г. с изпълнител Консорциум „С. Л. 2“, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013 г.“.

ОСЪЖДА „Агенция Пътна инфраструктура“ да плати на Министерство

на транспорта и съобщенията юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

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

**СЪДИЯ:**