

# РЕШЕНИЕ

№ 5534

гр. София, 28.09.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,**  
в публично заседание на 28.06.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Радина Карамфилова**

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **2840** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 226 от АПК във вр. чл. 27, ал. 1 вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, вр. чл. 145 и сл. от АПК и е образувано във връзка решение № 2650 от 22.03.2022 г. постановено по адм.дело № 11312/2021 г. по описа на ВАС, Седмо отделение.

Жалбоподателят Агенция Пътна инфраструктура, с адрес: [населено място], [улица], представлявана от председателя на Управителния съвет инж. Г. Т. оспорва решение от 02.01.2020 г., издадено от В. А. - заместващ ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 г. - 2020 г. (УО на ОПОС 2014-2020), с което е определена финансова корекция, за всяка от нередностите по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в размер на 25%, върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], в размер на 2 111 696,65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, като на основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности се определя една финансова, корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор №РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], в

размер на 2111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС, финансовото изражение на която, след съобразяване съотношението на източниците на финансиране според ДБФП, е в размер на 633 509 лв. с ДДС, които представляват 25% от допустимите разходи по договор № РД-35-5/19.03.2018 г., с определена сума за възстановяване, съобразно чл.35, ал.2 вр. ал.1, т.1 от Наредба № Н-3 от 22 май 2018 г. в размер на 608 470.21 лева с ДДС.

В жалбата се излагат доводи за нищожност на обжалваното решение, поради липса на компетентност на издалия акта заместник на ръководителя. В тази връзка, жалбоподателят твърди, че липсва нормативна уредба, която изрично да предвижда възможност ръководителят на УО на ОПОС да прехвърля правомощията си за налагане на финансова корекция на друго неовластено лице. В условията на евентуалност в жалбата са изложени доводи за незаконосъобразност поради противоречие с материалния закон - основание за отмяна по чл. 146, т. 3, т. 4 и т. 5 от АПК. Твърди се, че не са налице основания за налагане на финансова корекция, тъй като не са осъществени твърдените нарушения, поради което не е налице нередност. Излагат се подробни съображения в тази насока. Конкретно по констатираните нарушения жалбоподателят счита, спрямо първо нарушение в решението на ОПОС, а именно: наличието на ограничително изискване, определено като нарушение на чл.2, ал.2 във вр. с чл.59, ал.2 ЗОП, че поставените критерии са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Счита, че лицето което ще изпълнява функциите на КБЗ и въведеното за него изискване същото да е строителен инженер или да професионална квалификация строителен техник или еквивалентни, със завършен курс за КБЗ или еквивалент, не е ограничително и по никакъв начин кръгът на заинтересованите лица не е стеснен, тъй като средно специално образование е сравнително ниска като изискване квалификация, като в допълнение следва да се подчертае, че и самата Наредба № 2 го изисква - „координаторът по ЗЗБУТ следва да бъде правоспособно лице с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на строителството и безопасното, и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лицензи, удостоверения и др.“ Не бил определил конкретна специалност, а напротив максимално е разширил кръга от лица, които в зависимост от своята компетентност имат възможност да изпълнят качествено вменените им функции съобразно предмета на обществената поръчка. По отношение на второто констатирано нарушение на чл. 59, ал. 5 от ЗОП във вр. с чл. 24, във вр. с чл. 35, ал.1, т. 2 и чл. 2, ал.1 от ЗОП твърди, че с даденото от него разяснение не се променяли условията по поръчката, като не се нарушавали и основните принципи за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, залегнали в чл. 2 от ЗОП. Не било вярно твърдението на УО, че по този начин се разширявал кръгът на заинтересованите участници, тъй като условието си е същото още с първоначално поставените изисквания, именно поради думата „поне“, заложена в изречението „участникът следва да е изпълнил поне една укрепителна пилотно-анкерна система с дължина не по-малка от 150м.“ Относно обективизирано в точка 1.3 нарушение, свързано с неоснователно отстраняване на участниците П. Инфраструктура 2017“ Д. и [фирма], в жалбата са изложени твърдения, че съобразно чл. 66, ал. 2 ЗОП, когато кандидатът или участникът посочат в заявлението си, че ще се ползват от подизпълнители, то същите следва да отговорят на условията за подбор, съобразно вида и дела на поръчката, която ще изпълняват. В случая, подизпълнителят е декларирал, че ще се ползва от капацитета на други субекти, за да

докаже съответствие с критерия за подбор. Цитирайки нормата на чл. 65 ЗОП, жалбоподателят излага твърдение, че законът допуска позоваване на трети лица единствено на участника в процедурата, а не и на подизпълнителя, поради което счита, че такова позоваване от страна на подизпълнителя е недопустимо, а нуждата от същото поставя подизпълнителя в невъзможност да покрие условията. В тази връзка, жалбоподателят цитира §2, т. 3 от ДР ЗОП. Относно отбелязаното в решението на ОПОС, нарушение, относно неоснователно отстранен участник [фирма], с мотив, че представената писмена обосновка по отношение на обявената от участника по-благоприятна средна стойност на офертата, съобразно останалите оферти, не съдържа достатъчно доказателства, обосноваващи обстоятелствата по чл.72, ал.3 ЗОП, жалбоподателят счита, че изложените мотиви, с които не приема обосновката, са достатъчно изчерпателни, а отделно от това, писмената обосновка няма законови критерии, относно нейната обективност, поради което същата подлежи на оценка от страна на назначената комисията, която в настоящия случай е преценила, че същата не е достатъчна. С оглед на изложеното жалбоподателят моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт, като незаконосъобразен.

В съдебно заседание Агенция пътна инфраструктура, чрез процесуалния си представител – юрк. Б. поддържа жалбата по наведени в нея доводи относно незаконосъобразността на оспорения акт. Претендира разноски.

Ответникът - Заместник-министъра и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. при Министерство на регионалното развитие и благоустройство, в проведено съдебно заседание не се представлява, но по делото, в това число и приобщените по адм.дело 918/2020 г. по описа на АССГ доказателства, от ответната страна е изразено становище за неоснователност на жалбата по подробни доводи изложени в представените по делото писмени бележки. Претендира разноски по делото.

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:

Липсва спор по делото, че между Министерство на околната среда и водите и жалбоподателят е сключен административен договор № Д-34-26/02.05.2018 г., с предмет „Превенция и противодействие на свлачищните процеси за ограничаване на иска от тях (вкл. Републиканска пътна мрежа)“.

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ, е провел процедура за възлагане изпълнението на обществена поръчка, с предмет: „Изпълнение на строително-монтажни работи“ – „Път II-14 „о.п. В.-Кула-В. чука“, участък от км.10+100 до км. 10+260“.

Въз основа на проведената процедура, жалбоподателят сключил Договор, с изх. № РД-33-5/19.03.2018 г. с изпълнител [фирма].

С уведомително писмо, с изх. № 12-00-1274/19.11.2019 г., адресирано до председателя на УС на Агенция „Пътна инфраструктура“ и до и.д. началник на Отдел „Мониторинг“, Главна дирекция „Оперативна програма околна среда“ уведомява адресатите, че в УО на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 година“

/ОПОС 2014-2020/ е регистриран сигнал за нередност № 281, като в писмото е изложена подробна информация по отношение на описаните в него нередности при възлагане на процесната обществена поръчка, а именно: 1./ За наличието на ограничително изискване, представляващо нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, квалифицирани като нередност на т. 11, б, „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности; 2./ За незаконосъобразно изменение на документацията за поръчката, представляващо нарушение на чл. 59, ал. 5 вр, чл. 24 вр. чл. 35, ал. 1, т. 2 и чл. 2, ал. 1 от ЗОП във вр чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, представляващи нередности по т. 9.1, б, „а“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и 3./за две нарушения на чл. 107, т. 1 от ЗОП и чл., 107, т. 3, предл. 2-ро от ЗОП вр чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, представляващи нередности по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

С писмо изх. № 04-09-176/02.12.2019 г., въведено в ИСУН на 02.12.2019 г. (кореспонденция № BG16M10P002-4.003-0001-C02-M101), от страна на председателя на Управителния съвет на Агенция „Пътна инфраструктура“ е депозирано възражение по направените от УО на ОПОС констатации. Възражението на бенефициера е представено в определения от УО на ОПОС срок.

На 02.01.2020 г., заместникът на ръководителя на ОУ на Оперативна програма „Околна среда“, издал Решение, с което на бенефициера Агенция „Пътна инфраструктура“, за посочените по-горе нарушения на нормите националното законодателство са определена следните финансови корекции:

За нередността по т.11, б „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, съгласно т.2.1 от решението – финансова корекция в размер на 10% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл.1, ал.2 ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС;

За нередността по т. 9.1, б, „а“ от Приложение №1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, съгласно т.2.2. от настоящото решение - финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС;

За всяка от нередностите по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности - финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2 111 696,65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС.

На основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ вр. чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, Р. е определил една финансова, корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи

средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор №РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма], на стойност 2111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС.

На 02.01.2020 г., заместникът на ръководителя на УО на „ОПОС 2014-2020“ изпраща писмо, с изх. № 4-003-0001-2-3/02.01.2020 г., до председателя на УС на Агенция „Пътна инфраструктура“, с което го уведомява за издаденото Решение от 02.01.2020 г. на УО на „ОПОС 2014-2020“, прилагайки препис от същото към цитираното писмо.

По делото са приобщени като доказателства всички представени с административната преписка писмени документи, в това число и доказателства за компетентност на издателя на акта, приложени към адм.дело № 918/2020 г. по описа на АССГ.

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.

По същество на спора:

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна 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:

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед № РД-ОП-13/07.02.2018 г., на основание чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията чл. 5 от Устройствения правилник на министерството на регионалното развитие и благоустройството, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството В. К., която от своя страна. В настоящия случай, оспореният акт е подписан от заместник главен директор на Главна дирекция „ОПОС“, изпълняващ функцията на ръководител, съобразно Заповед №РД-930/05.12.2019 г., който към датата на издаване на акта замества главния директор и ръководител на управляващия орган на ОПОС, изрично упълномощен от Министъра на околната среда и водите със Заповед № РД-ОП-13/07.02.2018 г., Раздел II – ри, да ръководи и организира дейността на УО ОПОС, в т.ч. и да подписва документите, пряко свързани с администриране на сигнали за нередности и тяхното приключване, както и с нередности, установени при изпълнение на ОПОС, съобразно чл.69 ЗУСЕСИФ, поради което обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган и не е нищожен

Оспорения административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. е издадено в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.

59, ал. 2, т. 4 от АПК. Като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатираните нередности по проведена обществена поръчка, а от правна страна за налагане на финансовата корекция са посочени за нарушени следните норми: за констатираното в т. 1.1 нарушение тези на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП, квалифицирани като нередност на т. 11, б, „а“ 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 закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата за посочване на нередности); за това посочено в т. 1.2, а именно незаконосъобразно изменение на документацията за поръчката: нарушение на чл. 59, ал. 5 вр, чл. 24 вр. чл. 35, ал. 1, т. 2 и чл. 2, ал. 1 от ЗОП във вр чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, представляващи нередности по т. 9.1, б, „а“ 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 закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове и за последното констатирано в т. 1.3 - две нарушения на чл. 107, т. 1 от ЗОП и чл., 107, т. 3, предл. 2-ро от ЗОП вр чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, представляващи нередности по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. За установените нарушения Ръководителят на УО е определил размера на финансовата корекция по пропорционалния метод и при спазване принципа за некумулиране на финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от стойността на договор № РД-33-5/19.03.2018 г., сключен с [фирма] на стойност 2111 696.65 лв. без ДДС, съответно 2 534 035.98 лв. с ДДС

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл.73, ал. 3 ЗУСЕСИФ е предвидено, че решението по, ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е спазено. Представени са и възражения от страна на жалбоподателя, във връзка основателността на регистрирания при УО на ОПРР сигнал.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка дали е сочено от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размера при прилагане на пропорционалния метод, и дали са пречки за настъпване на разпоредените последици. Основание за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередности чрез посочените като нарушения на ЗОП чрез действия, осъществени в хода на процедура по възлагане от А. на обществена поръчка с посочените предмети.

В мотивите на оспореното решение се сочи, че идентифицираните в т. 1.1. и т. 1.2 и т.1.3 нарушения като такива с финансово влияние съставляват един от

елементите на определението за нередност съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013 г. обуславяща и задължение на договарящите държави членки или Комисията да го санкционира. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 Регламент №1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, 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. Първият от елементите - действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото А. безспорно е юридическо лице, има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 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 бюджетни средства, част от които са с източник финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Спорът по делото е налице ли са вторият и третият елемент на определението, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна. Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административният орган е с оглед на чл.170, ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от А. по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е, да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административният орган, в проведеното административното производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

Относно втория елемент действие или бездействие, което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, настоящия съдебен състав намира следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на ЕСИФ може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания, като в случая се твърди това по т. 9 /сега след изменянето с - ДВ, бр. 85 от 2017 г., изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г. – т. 10/ Съгласно цитираната правно норма финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет (ал. 2). Съгласно чл. 1 от Наредбата за посочване на нередности, в нея са идентифицирани 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, както и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции. Съгласно чл.2 от Наредбата за нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Относно първата констатирано нарушение, а именно въведеното от А. в критериите за допустимост ограничително изискване за експерта „координатор по безопасност и здраве“ да е строителен инженер или да притежава професионална квалификация строителен техник или еквивалентна специалност, съдът намира следното:

Безспорно е, че в оперативната самостоятелност на възложителя е да определи онези критерии за подбор, които счита, че най-пълно биха гарантирали качествено изпълнение на предмета на поръчката. Но тази негово оперативна свобода не е неограничена. Тя е ограничена от изискванията на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 ЗОП. Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗОП възложителят няма право да ограничава конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка и които не са съобразени с нейния предмет, стойност, сложност, количество или обем. С оглед на това границите на неговата оперативна самостоятелност при определяне на критериите за подбор са от една страна, определени в чл. 59, ал. 1 ЗОП като сфера, до която се отнасят, а от друга - в чл. 59, ал. 2 ЗОП, като съдържание с оглед на изискването да бъдат ограничени до тези, които са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката при съобразяване с нейния предмет, стойност, обем и сложност и от трета - с оглед на изискванията на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Следователно преценката за законосъобразност на критериите за подбор, а с оглед на това и за наличието на нарушение, следва да бъде направена при отчитане на тези изисквания за упражняване на правото на възложителя да определи критерии за подбор, които да му гарантират в най-пълна степен искания начин на изпълнение на поръчката.

Съгласно чл.3 от Наредба № 3 от 27.07.1998 г. за функциите и задачите на длъжностните лица и на специализираните служби в предприятията за организиране изпълнението на дейностите, свързани със защитата от професионалните рискове и превенция на тези рискове (Наредба № 3), издадена на основание чл.24, ал.2 от ЗЗБУТ, органите за безопасност и здраве при работа, назначени или определени от работодателя, трябва да са специалисти с подходящо образование и квалификация, съобразно характера на дейността, да притежават необходимата теоретична и практическа подготовка, приложими в предприятието, и да отговарят на изискванията, определени в други нормативни актове. Доколкото Наредба № 3 е общият нормативен акт, който регламентира изискванията към органите по безопасност и здраве във всички предприятия, специфичните изисквания и правила за тези лица по отношение дейности в строителството се съдържат в Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи (Наредба № 2). Съгласно чл. 5, ал.2 от Наредба № 2 координаторите по безопасност и здраве трябва да са правоспособни лица с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лицензи, удостоверения и др. Видно от посочената разпоредба, изискванията по отношение на квалификацията и техническата компетентност са посочени общо – те следва да са в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно

изпълнение на СМР, без да съществува изискване да са придобити по определена специалност. Следователно нормативно изискване за лицето, което ще осъществява функции на координатор по безопасност и здраве, да бъде само такова с професионална квалификация „строителен инженер“ или „строителен техник“ не е изрично установено в приложимата правна уредба. Такова изискване не се съдържа и в Наредба № РД-02-20-25. При това положение, обосновано ръководителят на УО е приел, че поставеното от възложителя изискване в тази насока се явява ограничително.

Неоснователни са доводите на жалбоподателя, че изискването спрямо квалифицираното лице което ще изпълнява функцията по КБЗ е обусловена от сложността на възложените дейности. След като законът дава възможност и допуска тези функции да бъдат изпълнявани и от други специалисти в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР (А.: чл. 5, ал. 2 Наредба № 2), то така поставеното изискване се явява ограничително и в нарушение на основните принципи на ЗОП за равнопоставеност, недопускане на дискриминация, свободна и лоялна конкуренция. Следва да се има предвид, че ефективното осъществяване на дейностите по безопасност и здраве от квалифицирано лице може да бъде обезпечено чрез поставянето на изискване това лице да притежава специфичен професионален опит чрез участие на подобна позиция при изпълнение на други обекти.

Следва да се има предвид също така, че сложността и обема на поръчката предполагат евентуално завишени изисквания за опит, но не и за по-висок ценз или степен на квалификация. Степента на квалификация или образователен ценз за изпълнение на определена длъжност са нормативно заложиени. Поставянето от възложителя на обществената поръчка на по-високо изискване за ценз в сравнение с нормативно заложеното такова за упражняване на определена длъжност се явява необосновано ограничително. Ограничението безспорно е довело до нарушаване принципите на свободна и лоялна конкуренция, предвид несъмнено разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с квалифицирани съобразно нормативните изисквания лица за функциите на КБЗ, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.

Предвид изложеното, съдът намира, че е налице несъответствие на поставеното изискване с предмета, обема и сложността на поръчката, в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като в конкретния случай то не допринася за постигане на целта на възложителя, а ненужно ограничава кръга на потенциалните изпълнители. След като законът дава възможност и допуска тези функции да бъдат изпълнявани и от други специалисти в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, така поставеното изискване се явява ограничително и в нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, както и на основни принципи при възлагането на обществените поръчки за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, и свободна конкуренция, чрез нарушаване забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП. В настоящия случай, ограничението е довело до нарушаване принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, и на свободна конкуренция, предвид несъмнено разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с квалифицирани, съобразно нормативните изисквания, лица за функциите на КБЗ, не изпълняват поставените от възложителя изисквания. Ето защо, настоящият съдебен състав счита, че така поставеното изискване от жалбоподателя се явява ограничително по своя характер, следователно и в нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

По отношение на второто констатирано нарушение от административният орган по

чл. 59, ал. 5 във вр. чл. 35, ал. 1, т. 2 и чл. 2, ал. 1 от ЗОП, довело до незаконосъобразно изменение на документацията на поръчката, съдът намира, че изводите на административния орган изложени в тази насока са правилни и законосъобразни.

Разпоредбата на чл. 59, ал. 5 от ЗОП гласи, че Възложителите посочват критериите за подбор и документите, чрез които се доказва изпълнението им, в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, или в поканата за потвърждаване на интерес, а при процедурите по чл. 18, ал. 1, т. 8, 9 и 13 - в поканата за участие в преговори. С критериите за подбор се определят минималните изисквания за допустимост.

Съгласно раздел III. 1.3 от обявлението за поръчката, през последните пет години, считано от датата на подаване на офертата, участникът следва да е изпълнил поне една укрепителна пилотно-анкерна система с дължина не по-малка от 150 м.

В разяснение с изх.№ 53-00-3933/07.06.2017 г., възложителят е разяснил, че е допустимо участник да покрие изискваната минимална дължина за укрепителна пилотно-анкерна конструкция с повече от един обекти, които сумарно да покриват 150 м.

В настоящия случай Р. е приел, че с така направено разяснение, с изх. № 53-00-3933/07.06.2017 г., с което възложителят е пояснил, че е допустимо участник да покрие изискваната минимална дължина за укрепителна пилотно-анкерна конструкция с повече от един обекти е извършена промяна в условието, свързано с поставения критерий за подбор.

Действително видно от поставеното изискване в обявлението за поръчката и подаденото в последствие разяснения, съдът намира, че е налице твърдяното от УО изменение на условията за участие в поръчката. С първоначално изискване жалбоподателят е употребил думата „поне“, която, както е посочило и УО е употребена във връзка с количеството (в брой) на изпълнените обекти, които се изискват от възложителя на поръчката за да се докаже опитът на участника, и същата не касае изискването на дължината на съответния обект - пилотно-анкерна система. В даденото разяснение по въпрос *„Допустимо ли е участник да покрие изискваната минимална дължина за изпълнена укрепителна пилотно-анкерна система с няколко обекта, които в своята съвкупност, покриват поставеното минимално изискване за дължина от 150 м.“*, жалбоподателят е отговорил положително на последния. По този начин бъдещите участници, е следвало да изпълнят укрепителната система чрез повече от един изпълнен обект, всеки един от тях с минимум 150 м.

Основателни са констатациите на УО, че така е променен и разширен кръгът на участниците, тъй като до участие се допускат вече и лица, които имат изпълнени повече на брой обекти, но всеки от тях с дължина на укрепителната пилотно-анкерна система по-малка от 150 м.

Възложителят е длъжен да обяви чрез предвидения за това документ - обявлението за поръчка, всички условия за участие, включително критериите за подбор, по начина, по който същите ще бъдат прилагани от него спрямо участниците в процедурата. Промененото чрез разяснението изискване не е обявено на заинтересованите лица по надлежен начин - чрез обявлението за оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, съответно не е обявено в профила на купувача ведно с документацията за поръчката в сроковете по чл. 32 от ЗОП. Липсата на обявяване е довела и до нарушаване на принципите за публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Установеното от УО на ОПОС нарушение осъществява състава- на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г., тъй като нарушението

има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Въвеждането на съществено условие за участие, имащо отношение към поставените от възложителя критерии за подбор на участниците, което не е обявено по надлежен начин на всички заинтересовани лица, възпрепятства тяхното участие, тъй като води до невъзможност за подготовка на оферта съобразно условията в обявения срок. Не може да бъде установено точно колко лица биха могли да подадат оферта, в случай че от момента на оповестяване откриването на процедурата за възлагане на поръчката, промененото условие, свързано с поставените от възложителя критерии за подбор, би било посочено в обявлението за поръчка, съответно в документацията за поръчката и тя би била публикувана надлежно в сроковете по чл. 32 от ЗОП. С оглед на изложеното настоящият състав намира, че е допуснато нарушение на разпоредбите на чл. 59, ал. 5 вр. чл. 24 вр. чл. 35, ал. 1, т. 2 и чл. 2, ал. 1 от ЗОП във вр. Приложение № 4, част Б, т. 11, буква „в“ към ЗОП, тъй като безспорно жалбоподателят с измененото условие, е нарушил принципите за публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация по чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

Относно изводите за незаконосъобразно отстранени участници, довели до нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП и чл. 107, т. 3, предл. 2 от ЗОП, съдът, счита същите за основателни.

Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на [Договора за функционирането на Европейския съюз](#) (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на свободна конкуренция.

В случая участникът „П. Инфраструктура 2017“ Д. е отстранен на основание чл. 107, т. 2, б. "а" ЗОП с мотив, че подизпълнителят [фирма] незаконосъобразно се е позовал на капацитета на трети лица за доказване на съответствието с поставените от възложителя критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълнява.

Правилен е изводът на ръководителя на УО на ОПРР, че участникът „П. Инфраструктура 2017“ Д. е отстранен незаконосъобразно, тъй като същият е не е отговорял на посочения от възложителя критерий за подбор, като за доказването му се е позовал на ресурс на подизпълнител.

Съгласно чл. 66, ал. 1 от ЗОП кандидатите и участниците посочват в заявлението или офертата подизпълнителите и дела от поръчката, който ще им възложат, ако възнамеряват да използват такива. В този случай те трябва да представят доказателство за поетите от подизпълнителите задължения. Според втората алинея на същата разпоредба подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата.

Трети лица по смисъла на чл. 65 от ЗОП (редакция от ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г.) са лицата, различни от кандидата или участника, на чийто капацитет кандидатът или участникът може да се позове. В чл. 65, ал. 2 ЗОП са посочени случаите, в които третите лица задължително участват в изпълнението на поръчката. Това са случаите, когато кандидатите или участниците се позоват на капацитета на трети лица по отношение на критериите, свързани с професионална компетентност, а именно - изисквания за образование, квалификация или опит. В останалите случаи, когато кандидатите или участниците се позоват на капацитета на трети лица по отношение на критериите, свързани икономическото и финансовото състояние, техническите способности, не е задължително тяхното участие. Съгласно чл. 65, ал. 4 ЗОП, третите лица трябва да отговарят на съответните критерии за подбор, за доказването

на които кандидатът или участникът се позовава на техния капацитет и за тях да не са налице основанията за отстраняване от процедурата.

При тълкуване на разпоредбите на чл. 65 и 66 ЗОП се налага извод, че за разлика от третите лица, подизпълнителите винаги участват в изпълнението на поръчката. С оглед на това, чрез капацитета на подизпълнител може да се доказват критерии за подбор, свързани с професионална компетентност, тъй като подизпълнителят участва в изпълнението на поръчката.

Не може да бъде възприет извода на помощния орган при възложителя, че дори и участникът да използва подизпълнител, той следва да отговаря самостоятелно на посочения критерий за подбор. Действително придобитият професионален опит, знания и умения по естеството си са непрехвърляем актив. Но съобразно горещитираните разпоредби няма пречка този непрехвърляем актив да се установява чрез капацитета на трети лица, когато тези лица ще участват в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет. Когато трети лица предоставят непрехвърляем актив (каквото се явява в случая придобитият опит), за да разполагат кандидатите или участниците с него, третите лица трябва реално да участват в поръчката, било като подизпълнители или експерти.

Предвид факта, че П. Инфраструктура 2017“ Д. отговаря на критериите за подбор от обявлението за обществена поръчка и съобразно разпоредбата на чл.66,ал.1 и ал.2 ЗОП, по силата която законът, както се посочи по-горе не вмениява като нарушение ползваните от подизпълнителя услуги/капацитет от трети лица, когато същите не са свързани с основната му дейност, но са необходими за изпълнението на поетата от него поръчка, съдът счита, че решението на УО, е правилно и законосъобразно и в тази част от обжалвания административен акт.

Относно другият отстранен участник [фирма], с мотив, че в представената писмена обосновка не се съдържат достатъчно доказателства, обосноваващи наличието на обстоятелствата по чл. 72, ал. 3 от ЗОП, съдът намира следното:

Разпоредбата на чл. 72, ал. 3 от ЗОП в правомощията на комисията по разглеждане, оценка и класиране на офертите е да предложи за отстраняване офертата на участник, когато в писмената му обосновка за офертираната от него цена или разходи не са обусловени в пълнота и обективност някои от посочените в чл. 72, ал. 2, т. 1 до т. 5 от ЗОП обективни обстоятелства. За извършването на тази преценка, комисията по чл. 103, ал. 1 от ЗОП е задължена да мотивира изводите си по отношение на изложените от съответния участник обстоятелства. Елемент от аналитичната дейност на помощния орган на възложителя е да посочи кои обстоятелства, изложени в обсъжданата писмена обосновка, приема за обективни и към коя законова хипотеза попадат те, като в рамките на оперативната самостоятелност на комисията е да прецени, доколко предложението е реално, комплексно, целесъобразно и подкрепено с достатъчно доказателства. Преценката на комисията, следва да бъде обективизирана, чрез излагане на определени фактически и правни основания за извършената оценка. В този смисъл, експертната оценка на оценителната комисия подлежи на контрол за законосъобразност, в рамките на това дали са изложени мотиви, които са адекватни и относими към обстоятелства, посочени в писмената обосновка и предмета на поръчката, да кореспондира с конкретните обстоятелства и изискванията на възложителя, предвидени в документацията за участие, което в настоящия случай не е сторено. Според посочените от комисията аргументи в протокола ѝ, чрез представените анализи на единичните цени, участникът е изложил числови разчети, посочил е конкретни стойности, но не е приложил конкретни документи, предвид което е счела, че не са приложени абсолютно никакви доказателства. Поради negliжиране на необходимите действия от страна на жалбоподателя, за извършване на обстоен анализ на предоставената му за

одобрение оферта, по смисъла на чл.72, ал.3, пр.2-ро ЗОП, възложителят действително е възпрепятствал участника [фирма] от по-нататъшно участие, отстранявайки го по чл.107, т.3, пр. 2-ро ЗОП, преди да извърши реално всички необходими процедурни действия, за да прецени обективно дали кандидатът действително не разполага с необходимите доказателства, за да представи в пълен обем офертата си. Ето защо, съдът намира, че решението на ГД „ОПОС“ и в тази му част е законосъобразно.

По отношение на правната квалификация на нередностите и размера на финансовата корекция:

Съдът споделя извода на първоинстанционния съд, че първото нарушение представлява нередност по т. 11, б, „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, това посочено в т. 1.2 е нередност по т. 9.1, б. „а“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, а тези касаещи двете нарушения посочени в точка 1.3 са нередности по т. 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Неоснователно е оплакването, че законосъобразността на акта за финансова корекция е опорочена поради неустановяване на конкретния размер на вредата за общия бюджет на Съюза. Съгласно дефиницията, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, "нередността" съдържа три елемента: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Следва да се посочи, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение на вредата (т. 44 и 45 от Решение на СЕС от 14.07.2016 г. по дело С-406/14). Това разбиране на разпоредбата на чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би имало". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз по повод на идентичните дефиниции на нередност в чл. 1, § 2 Регламент № 2988/1995, чл. 2, т. 7 Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти.

В конкретния случай е проведена обществена поръчка, приключила с възлагане на дейности на избрания изпълнител, за заплащането на които се разходват средства от ЕСИФ. Логиката на законодателя е, че ако възложителят не беше допуснал установените от административния орган нарушения, разходите по финансиране на дейностите биха могли да бъдат по-ниски. Липсата на конкретен изчислен размер на вредата не обосновава извод за липса на финансово отражение на нарушението върху бюджета на Общността. Поради това и в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ правилно е приложен пропорционалният метод при определяне на размера на финансовата корекция.

За да определи размерът на корекцията за всяка от нередностите, органът законосъобразно е взел предвид тежестта на нарушенията, естеството и сериозността на същите и финансовото им отражение върху средствата от ЕСИФ. Спрямо трите нарушения органът съответно на фактите по спора и нормативно определените граници на размера на процентния показател е определил за първата -10 %, а за втората и третата нередност 25 % финансова корекция, като при

спазване на принципа за некумулиране на същите е наложил една ФК в размер на 25 % върху допустимите средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка.

На последно място, неоснователно е оплакването в касационната жалба, че административният акт е издаден в несъответствие с целта на закона. Съгласно член 122, параграф 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Общността средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, които са неправомерно разходвани (чл. 71, ал. 1 ЗУСЕСИФ). Следователно определянето на финансовата.

По изложените съображения съдът намира, че оспореното Решение от 02.01.2020 г., издадено от В. А. - заместващ ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 г. - 2020 г. (УО на ОПОС 2014-2020), е законосъобразно, като издадено при спазване на процесуалните правила и материалния закон и съобразено с целта на закона, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

***По разноските по производството:***

При този изход на спора, разноски се дължат на ответника в съответствие с чл.143 ал.4 от АПК, във връзка с чл.78 ал.8 от ГПК и чл.24 от Наредбата за заплащане на правната помощ, в размер на общо 400.00 лв., от които 200 лева за юрисконсултско възнаграждение пред настоящата инстанция и 200 лева, на основание чл. 226, ал. 3 от АПК разноски за пред ВАС.

Водим от горното и на основание чл.172, ал.2 от АПК, Административен съд – София-град, Трето отделение, 70 състав

**РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от председателя на УС, чрез пълномощник, срещу Решение от 02.01.2020 г., издадено от В. А. - заместващ ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 г. - 2020 г. (УО на ОПОС 2014-2020).

**ОСЪЖДА** Агенция „Пътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от председателя на УС, да заплати по сметката на Министерство на околната среда и водите, сумата в размер на 400 лева, представляваща разноски пред АССГ и пред ВАС.

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховния административен съд по реда на АПК в 14 – дневен срок от деня на съобщението, че същото е изготвено.

**СЪДИЯ:**