

# РЕШЕНИЕ

№ 224

гр. София, 13.01.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 75 състав,**  
в публично заседание на 14.12.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Силвия Житарска**

при участието на секретаря Наталия Дринова, като разгледа дело номер **13548** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Фондация „С.“, ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от К. Б. Арнаутски, с адрес за кореспонденция: [населено място], [улица], срещу Решение за налагане на финансова корекция № РД-444/02.10.2019г. на изп. Директор на И. и ръководител на УО на ОП за развитие на сектор „Рибарство“, финансирана от „Европейски фонд за рибарство за програмен период 2007-2013г. /ОПРСР/.

Жалбоподателят счита, че решението е незаконосъобразно и неправилно. С жалбата се оспорват изцяло изводите, направени от Управляващият орган в процесното решение и се заявява, че са спазени всички законови изисквания, както и че всички документи касаещи проведената обществена поръчка за строителство по проектно предложение с бенефициент Фондация „С.“ – вх. № BG-PST201431/039 и Договор за предоставяне на БФП № 453/27.10.2014г. са проверени и съгласувани преди и след провеждане на обществената поръчка от експерти на Изпълнителна агенция по рибарство и аквакултури без забележка. В жалбата е възприето, че оспорваното Решение представлява и отправено искане за доброволно възстановяване на БФП.

В съдебно заседание жалбоподателят редовно призован се представлява от адв. П.,

който поддържа жалбата и претендира разноски.

Ответникът, редовно призован в съдебно заседание не се явява и не се представлява.

Софийска градска прокуратура не се представлява в съдебно заседание, не изразява становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С. - ГРАД след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

При извършена административна проверка след получен сигнал за нередност с вх.№ Z-255/09.01.2017г., със Становище по сигнал за нередност е установено нарушение на бенефициера ФОНДАЦИЯ „С.“ по проект с вх.№ BG-PST201431/039 и с наименование „Консервация, реставрация, адаптация и социализация на сграда, находяща се в УПИ VI-441, квартал 37 по план на [населено място] – Културен център в археологически резерват „Античния град „А.“ по мярка 4.1. „Развитие на рибарските области“, подмярка 4.1.А. „Финансова подкрепа за прилагане на местните стратегии за развитие и покриване на текущите разходи на рибарските групи“ по приоритетна ос № 4 „Устойчиво развитие на рибарските области“ от ОПРСР, реализиран съгласно ДБФП № 453/27.10.2014г.

Установеното нарушение се изразява в неспазване на разпоредбите на чл.2, ал.2 и чл.59, ал.2 от Закон за обществени поръчки, което представлява и нарушение по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, чл.20, ал.1, чл.22, ал.7, чл.24, ал.2 от ДБФП № 453/27.10.2014г., а именно: ограничителни изисквания за участие в процедура по ЗОП

Установеното нарушение е допуснато при проведена открита процедура по ЗОП с индивидуален номер в Р. 01974-2014-0001 за строителство с предмет „Консервация, реставрация, адаптация и социализация на сграда, находяща се в УПИ VI-441, квартал 37 по план на [населено място] – Културен център в археологически резерват „Античния град „А.“, и сключен договор №1 от 26.02.2015г. с изпълнител [фирма] на стойност 539 755,03 лева без ДДС, като нарушението се изразява в ограничителни изисквания за участие в процедура по ЗОП, а именно: 1. Участникът следва да е в договорни отношения с експерт археолог с опит минимум 5 години в областта на археологическите проучвания и 2. Участникът следва да е регистриран в Централен професионален регистър на строителя (ЦПРС) за изпълнение на обекти недвижими културни ценности.

УО приема, че така поставените пред участниците в ОП изисквания са ограничителни и в тази връзка, от страна на жалбоподателя били извършени нарушения по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, чл.20, ал.1, чл.22, ал.7, чл.24, ал.2 от ДБФП № 453/27.10.2014г. На основание чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ бенефициерът е уведомен за констатираното нарушение, определения размер на ФК и основанията за налагането им. Бенефициера, с писмо № 48-00-5178/10.05.2019г. е уведомен за откриването на производство за налагане на финансова корекция и е дадена възможност в 14-дневен срок да представи писмени възражения по основателността и размера на ФК и при необходимост да приложи писмени доказателства.

В указания законоустановен 14-дневен срок с писмо с вх.№ 48-00-5189/31.05.2019г. бенефициерът ФОНДАЦИЯ „С.“ е представил възражения против налагането на ФК, като е изразил несъгласие и е изложил аргументи срещу формулираните от УО констатации.

С оспореното решение № РД-444/02.10.2019г. на Изпълнителен директор на

Изпълнителна агенция по рибарство и аквакултури на основание чл.3, буква „р“ и чл.96 от Регламент (ЕО) № 1198/2006 на Съвета от 27.07.2006г., чл.73, ал.1, във връзка с чл.70, ал.9, чл.71, ал.1 и чл.72, ал.1 от ЗУСЕСИФ, чл.29а, ал.2 от Анекс № 4/02.11.2015г. към ДБФП № 453/27.10.2014г. и чл.31 и чл.39, във вр. с чл.15 и чл.40 от ДБФП № 453/27.10.2014г. е определена финансова корекция в размер на 26 072,53 лева (двадесет и шест хиляди седемдесет и два лева и петдесет и три стотинки).

При изложената фактическа обстановка съдът формира следните правни изводи: Жалбата е подадена в предвидения срок от надлежна страна, адресат на оспорения административен акт, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество е неоснователна.

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.

Съдът намира оспорвания акт за съответен на приложимите материалноправни разпоредби:

Според чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай, тя е започнала по инициатива на управляващия орган, и е налице допустим способ за инициране на административното производство. Жалбоподателят е уведомен писмено, както за осъществения последващ контрол по законосъобразност на проведената обществена поръчка, така и за установените в хода на тази проверка нарушения - описани са нарушенията, правната им квалификация по ЗОП, в коя хипотеза на Наредбата за посочване на нередности попадат нарушенията и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен. Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция ръководителят на УО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такъв срок е предоставен на жалбоподателя и той е упражнил правото си да направи възражение, което е обсъдено подробно в мотивите на решението и са изложени аргументи защо не е прието изцяло. За да се наложи финансова корекция по посочения текст на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ следва да е налице основание - 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 нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от 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, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда

на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция и съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл.2, т.36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

Наложеният с оспорвания акт финансова корекция е за следните установени от Ръководителя на управляващия орган /Р./ нарушения:

1. Възложителят е формулирал изискването, че участникът следва да е в договорни отношения с експерт археолог с опит минимум 5 години в областта на археологическите проучвания

2. Възложителят е формулирал изискването, че участникът следва да е регистриран в Централен професионален регистър на строителя за изпълнение на обекти недвижими културни ценности.

При тези данни от страна на Управляващия орган /УО/ е прието, по т.1, че поставеното условие експертът археолог да отговаря на изискванията по чл.148, ал.2 и ал.5 и чл.150, ал.1, т.1 и т.2 от ЗКН при подаване на офертата е ограничително и има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници. По т.2 изискването участникът да представи копие от удостоверение за вписване в ЦПРС, че отговаря на изискванията за изпълнение на строежи от първа категория, не е съобразено и не съответства на предмета и сложността на поръчката, като по този начин възложителят необосновано е ограничил участието на лица в процедурата, тъй като за изпълняваните видове дейности по проекта не е необходима регистрация в ЦПРС за първа категория.

По делото не се спори, че при проведена открита процедура по ЗОП с предмет „Консервация, реставрация, адаптация и социализация на сграда, находяща се в УПИ VI-441, квартал 37 по план на [населено място] – Културен център в археологически резерват „Античния град „А.“ са заложили изискванията, които УО е приел за нарушения. Оспорва се от жалбоподателя, че тези изисквания са заложили, не в нарушение на закона, а напротив в съответствие със Закона за културното наследство, в частност чл.148, ал.2, и ал.5, чл.150, ал.1, т.1, т.2 и чл.161, ал.1 от него, както и чл.17а, ал.4 и чл.20, ал.4 от Наредба № Н-00-0001/14.02.2011г. за извършване на спасителни теренни археологически проучвания. Сочените разпоредби регламентират издаването на разрешение и условията и реда за извършване на теренни археологически проучвания.

По отношение на първата констатирана нередност – изискването участникът да е в договорни отношения с експерт археолог с опит 5 години в областта на археологическите проучвания, като в документацията в раздел „Критерии и подбор“, възложителят е посочил, че това изискване е в съответствие с разпоредбите на чл.148, ал.2, и ал.5, чл.150, ал.1, т.1, т.2 и чл.161, ал.1 от ЗКН и на чл.17а, ал.4 и чл.20, ал.4 от Наредба № Н-00-0001/14.02.2011г. за извършване на спасителни теренни

археологически проучвания. Чл.150, ал.1, т.1 и т.2 от ЗКН дава право да се издаде разрешение на лице за извършване на теренни археологически проучвания, което притежава образователно-квалификационна степен „магистър“ по специалност „археология“ или „магистър“ по специалност „археометрия“, след придобита бакалавърска степен по „археология“ или притежава научна степен по археология или заема академична длъжност по специалност „археология“. Нито една от цитираните от възложителя разпоредба, не създава условия археолога да има опит от 5 години в археологическите проучвания. Такова условие /стаж 5 години в археологическите проучвания/ не се поставя никъде в ЗКН, нито в Наредба № Н-00-0001/14.02.2011г. Така поставеното условие се явява ограничително и има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници.

По второто констатирано нарушение бенефициера е заложил като изискване участникът да е регистриран в Централен професионален регистър за изпълнение на обекти недвижими културни ценности, за което следва да представи Удостоверение от К. на строителите в България за строежи по чл.137, ал.1., т.1, б. „М“ и т.4, б. „Е“ от ЗУТ. В съответствие с разпоредбата на чл.137, ал.1 от ЗУТ строежите се категоризират в зависимост от характеристиките, значимостта, сложността и рисковете при експлоатация на първа, втора, трета и четвърта категория. Т.1, б. „М“ от цитирания член включва в първа категория недвижимите културни ценности с категория "световно значение" и "национално значение", както и сгради в границите и охранителните зони на археологическите резервати извън урбанизирани територии. Видно от разрешение за строеж №35/07.02.2014г. обектът предмет на реставрация във връзка, с което е открита процедурата по ЗОП е втора категория, променен на четвърта категория с решение № 25/27.04.2015г. за поправка на очевидна фактическа грешка. В случая правилно УО е приел, че изискването участникът да бъде вписан в ЦПРС за изпълнение на обекти първа категория - недвижими културни ценности с категория "световно значение" и "национално значение", както и сгради в границите и охранителните зони на археологическите резервати извън урбанизирани територии, не е съобразено и не съответства с предмета на поръчката. За да се изпълнят видовете дейности по проекта не е необходима регистрацията от участниците в ЦПРС за строежи първа категория, и по този начин възложителя необосновано е ограничил участието на лица в процедурата.

Предвид изложеното, настоящия съдебен състав приема, че нарушението на правото на Съюза и в частност на принципите на равнопоставеност и недискриминация, които обективно се явяват нарушени при неспазване на изискването за неналагане на ограничителни изисквания, винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона и не бе поставил, допуснал описаните нарушения при провеждане на процедурата по възлагане на поръчката, в конкурса биха могли да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства.

Съдът счита, че поставените изисквания от страна на възложителя, са незаконосъобразни и необосновано ограничават участието на лица в процедурата. Поставянето на критерии за подбор винаги представлява само по себе си ограничение пред участието на икономическите оператори. Тези ограничения следва да са свързани с предмета на поръчката, неговата сложност, обема на изпълнението,

количеството или стойността на поръчката, за да бъдат допустими от закона. Чрез поставените критерии, дори и да отговарят на посочените условия, не следва да се дава необосновано предимство или необосновано да се ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки. Т.е. възложителят е свободен да прецени чрез какви средства ще извърши подбор на участниците, стига тези средства да са съобразени със закона или пределите на оперативната самостоятелност на възложителя са очертани от императивните разпоредби на последния. В конкретната поръчка не е налице никаква специфика, която да обуславя нарушаването на забраната и възложителят при никакви обстоятелства не може да се отклонява от правилото за поведение.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП /стар текст чл.25, ал.5 ЗОП/ гласи, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Предвид изложеното, съдът намира, че залагането в обявлението и документацията на критерии за подбор, който ограничава кръга на потенциалните участници и не може да гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена е нарушение, което не е свързано с измеримост на финансово изразение.

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и е в съответствие с целта му, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена.

С тези мотиви, съдът

## **Р Е Ш И:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Фондация „С.“, ЕИК:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от К. Б. Арнаутски, с адрес за кореспонденция: [населено място], [улица], срещу Решение за налагане на финансова корекция № РД-444/02.10.2019г. на изп. Директор на И. и ръководител на УО на ОП за развитие на сектор „Рибарство“, финансирана от „Европейски фонд за рибарство за програмен период 2007-2013г. /ОПРСР/.

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

**СЪДИЯ:**

