

РЕШЕНИЕ

№ 5951

гр. София, 21.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 27.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **3305** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано по жалба от Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на Управителния съвет Г. Т., чрез главен юрисконсулт В., срещу Решение № РД–02-14-258/12.03.2021 г., издадено от директора на дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ (дирекция УТС) и Ръководителя на Националния орган (НО) на Програма I. V-A Гърция –България, с което за установени нарушения на ЗОП е определена финансова корекция на бенефициента общо в размер на 9 169 лева с ДДС, представляваща 5 % от стойността на допустимите разходи по договор № РД – 36- 5/06.06.2018 г. с изпълнител „План инвест П.“ - Е. на стойност 183 380 лв. без ДДС (220 056 лева, с ДДС).

Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът не се явява и не се представлява. В представен писмен отговор от 27.09.2021 г., оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

С процесното решение от 12.03.2021 г. е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 5% от стойността на допустимите разходи, финансирани от европейските структурни и инвестиционни фондове по договор с предмет „Извършване на консултантска услуга във връзка със строителството по проект: „Път II 59 М. – К. – И.“ по обособени позиция № 1 „Път II 59 М. – К. – И. от км. 24+548 до км. 30+439, област К., “ по обособени позиция № 2 „Път II 59 М. – К. – И. от км. 30+439 до км. 56+861.68, област К. и област Х.“

Решението е издадено от компетентен орган :

На основание § 5, т. 4 от Допълнителните разпоредби на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), законът се прилага за финансовата подкрепа по програмите за европейско териториално сътрудничество, доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях европейско законодателство и в сключените между държавите договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Република България по отношение на категориите нередности и минималните и максималните стойности на процентните показатели, определени в ЗУСЕСИФ и с акта по чл. 70, ал. 2 от същия.

Допълнително в т. 2 от Решение № 156 на Министерски съвет от 21 март 2014 г. за определяне на органи за управление, контрол, одит и изпълнение на програмите на Европейския съюз (ЕС) за териториално сътрудничество, в които Република България участва за периода 2014-2020 г., за Национален орган по двустранната програма за трансгранично сътрудничество по вътрешните граници на Европейския съюз между Република България и Република Гърция е определена Главна дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ на Министерството на регионалното развитие.

Съгласно § 1, т. 2 от Допълнителните разпоредби на 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) същата се прилага и по отношение на Програма И. V-A Гърция-България 2014-2020 г.

На основание чл. 2, т. 2 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, ръководителят на програмите за европейско териториално сътрудничество (т.е. и настоящата програма) е отговорен за процедурите, регламентирани в Наредбата.

Съгласно чл. 29, ал. 1, т. 4 от действащия към момента на определяне на финансовата корекция Устройствен правилник на МРРБ (ДВ. бр. 68 от 22 Август 2017 г.), дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ изпълнява функциите на Национален орган (НО) за програмите за трансгранично сътрудничество по вътрешните граници на ЕС 2014 - 2020 (между Румъния и България и Гърция и България).

Според чл. 9, ал. 1 от Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор (ЗФУКПС), ръководителите по чл. 2, ал. 2 могат да делегират

правомощията си по този закон на други длъжностни лица от ръководената от тях организация, като в тези случаи определят конкретните им права и задължения. На основание раздел I, т. 1, б. „б" и т. 3 от Заповед № РД-02-14-191/26.02.2019 г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, издадена на основание чл. 9, ал. 1 и ал. 2 от ЗФУКПС, директорът на дирекция „УТС" е оправомощен да ръководи и организира дейността на Националния орган по Програма И. V-A Гърция-България 2014-2020 г., включително да издава всички административни актове по ЗУСЕСИФ. С цитираната заповед, на директора на дирекция „УТС" са делегирани правомощията на ръководител на НО в пълен обем, без да е налице ограничение по отношение на администриране на нередности или налагане на финансови корекции. Следователно, на основание действащата нормативна уредба, изцяло в правомощията на ръководителя на НО са както установяването и регистрирането на нередности (администрирането на нередности) по реда на Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, така и определянето на финансови корекции.

В решението е прието, че е налице нарушение на чл. 107, т. 2, буква „а“ от ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, но НО вече се е произнесъл по твърдяното нарушение с решение № РД – 02 – 1320/18.12.2019 г., като е определил финансова корекция в размер на 55 014 лв. с ДДС от стойността на допустимите разходи по Договор за възлагане на обществена поръчка № РД – 36 – 5/06.06.2018 г., поради което с оглед разпоредбата на чл. 71, ал. 4 от ЗУСЕСИФ не следва да се налага повторна корекция за същата нередност.

На следващо място в обжалваното решение е прието, че е налице ограничително изискване на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във вр. с чл. 59, ал. 2 от ЗОП

Във връзка с констатираните нарушения, с писмо № 99-00-2-319/18.11.2020 /л. 27 от делото /на Агенция пътна инфраструктура е уведомена за констатациите по проект М.-Е. код № 1173, направени при проверка на работна група от контролори по програма I. V-A Гърция - България 2014-2020 , с което ѝ е дадена възможност за възражения в 2-седмичен срок на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. За да наложи оспорената финансова корекция Националния орган по съотв. програма е приел следното :

Съгласно раздел III.1.3. от обявлението за поръчката и точка 3.3.4., буква „в“ от тръжната документация участниците трябва да осигурят екип от експерти за изпълнение на поръчката. Прието е още, че изискването за професионална квалификация „строителен инженер“ или „строителен техник“ неоправдано ограничава възможностите за участие в процедурата на лица, които имат експерти, които притежават документ за завършен курс, обучение или др. доказателства, удостоверяващи способността да изпълняват функциите на координатор по безопасност и здраве и имат подходящо образование и квалификация, но имат друга професионална квалификация в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на строително – монтажните работи.

Установени са нередности по:

- т. 11, буква „б“ 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 ЗУСЕСИФ /Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г.- „Неправомерни критерии за подбор и/или възлагане, посочени в обявлението за

поръчката или в документацията за участие“; във връзка с чл. 70, ал. 1, т.9 и чл. 72, ал. 5 от ЗУСЕСИФ.

- чл. 2, ал. 2 от във вр. с чл. 59, ал. 2 от ЗОП - , за ограничителни изисквания за експертите Технически ръководител, за КБЗ и за Контрол по качеството.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Решението на административния орган е правилно.

Съгласно т. 11, буква „б“ от Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., тъй като е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Относно нарушението по чл.2, ал. 2 вр. с чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

От фактическа страна е установено, че възложителят е изискал в т. 3.3.4, буква „в“ за обособена позиция № 2, както и в раздел III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението по поръчката, участникът да разполага с екип от служители/експерти, които ще използва за изпълнение на обществен поръчка включващ: координатор по безопасност и здраве, професионална област (квалификация) строителен инженер всички специалности или професионална квалификация строителен техник.

В законодателството на Република България е предвидено задължението на всеки строител, наел лице при себе си, да сключи с него трудов договор, както и задълженията за спазване на здравословни и безопасни условия на труд - Закон за камарата на строителите, Кодекс на труда и Наредба № РД-07-2 от 16.12.2009 г. за условията и реда за провеждането на периодично обучение и инструктаж на работниците и служителите по правилата за осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд.

Съгласно разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция. Освен това в нормата на ал. 3 от сочената разпоредба се предвижда възложителите да нямат право да изискват от кандидатите или участниците други документи за доказване на съответствие с поставените критерии за подбор, освен посочените в този закон. В този смисъл с въвеждането на такъв критерий за подбор, за доказването на който са предвидени от възложителя документи, които не са предвидени в разпоредбите на ЗОП, безспорно е ограничил възможностите за избор на изпълнител, както и свободната конкуренция, съгласно разпоредбата на чл. 2, ал. 1, т. 2, поради което е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП - не допуска включването на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността на обществената поръчка. В случая никъде в ЗОП не се посочва основание за различно третиране на физическите лица,

експерти, включени в изпълнението на проекта, които са придобили опита си по трудово или гражданско правоотношение.

Посочените критерии за подбор в конкретната процедура представлява ограничително условие, което ограничава конкуренцията при възлагането на обществената поръчка и се явява нередност по смисъла на ЗУСЕСИФ, което от своя страна е основание за налагане на корекция.

IV Относно нарушение на чл.2, ал.2 вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП – ограничителни изисквания за експертите Технически ръководител, за КБЗ и за Контрол по качеството.

1.В раздел III. 1.3) „Технически и професионални възможности” на обявлението за откриване на обществената поръчка възложителят е поставил критерий за подбор на участниците, да разполага с екип служители/експерти, които ще използва за изпълнение на обществената поръчка включващ координатор по безопасност и здраве (КБЗ), професионална област (квалификация); строителен инженер всички специалности или професионална квалификация строителен техник, освен това е посочено, че КБЗ следва да притежава необходимия сертификат или друг документ за упражняване на позицията „КБЗ“.

В чл. 163а, ал. 2 ЗУТ са посочени кои са технически правоспособните лица за осъществяване на техническо ръководство на строежите, а именно лицата, получили дипломи с квалификация „строителен инженер“, „инженер“, „архитект“ или лица със средно образование с четири годишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“. Съгласно чл. 163а, ал. 4 ЗУТ технически ръководител е „строителен инженер“, „архитект“ или „строителен техник“, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнението на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т. 1-5 ЗУТ. Не са предвидени други извън законоустановените в техническата спецификация към документацията за участие в процесната обществена поръчка. В конкретният случай няма разширяване на обхвата на отговорностите, които да изискват експерти за техническо ръководство от страна на строителя със специфична специалност и образователно-квалификационна степен за реализирането на строителството, които да изключват определени професионални квалификации на инженери, за сметка на изрично посочените такива, както и да изключват лицата, притежаващи средно техническо образование в сферата на строителството в областта „Архитектура и строителство“. Изискването на възложителя за различен професионален опит на лицата, съдът намира също, че заложеният критерий на база трудово правоотношение е основание за нееднакво третиране на участниците в процедурата. По този начин безспорно е ограничил участието на лица, разполагащи с технически ръководител, който отговаря на изискванията на ЗУТ, но не и на тези на възложителя. Така въведеното изискване за професионалния опит на лицата, в зависимост от вида и степента на образованието е дискриминационно. Това е така, тъй като в конкретният случай не е налице повишена сложност на конкретните дейности в сравнение с обичайните, като особеностите в обема на конкретните дейности, ако са налице, биха предполагали единствено завишени изисквания за придобит опит, но не и за по – висок образователен ценз, който обаче не е предвиден в ЗУТ.

Вярно е, че посочените изисквания се отнасят до участниците в екипа на потенциалните кандидати, както е посочил жалбоподателят, но не е вярно, че тези изисквания не засягат самите потенциални изпълнители. От съществено значение е

стопанските субекти да не бъдат възпрепятствани и необосновано натоварвани с разходи, които нямат законово основание, а и икономическа логика. Всяко изискване, което необосновано способства или допринася за намаляване кръга на потенциалните участници в процедурата, оказва възпиращо въздействие върху тях. Конкретните условия, поставени към участниците в откритата процедура, нарушават принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, като по този начин ограничава свободата на конкуренцията, поради което е квалифицирано като осъществяващо състава на чл. 2, ал. 2, вр. ал.1, т. 1 и т. 2 ЗОП и само по себе си представлява нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. и чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ.

Между страните не е спорно, че за специалиста КБЗ е поставено изискване участникът да разполага с отговорник по контрола по качеството, който да притежава квалификация с не по-ниска степен от средно специално техническо образование в областта на строителството, да притежава Удостоверение или Сертификат за система на управление на качеството в строителството или еквивалент и професионален опит като специалист контрол по качеството минимум 1 година.

Съгласно чл. 5, ал. 2 от Закона за здравословни и безопасни условия на труд (ЗЗБУТ), в процеса на проектирането, строителството и въвеждането в експлоатация на обектите възложителят е отговорен и изисква, а съответните контролни органи контролират спазването на правилата и нормите за здравословни и безопасни условия на труд от проектанта и от строителя. В чл. 24, ал. 1 ЗЗБУТ е предвидено, че за организиране на изпълнението на дейности, свързани със защитата от професионалните рискове и превенция на тези рискове, работодателят в зависимост от обема на дейността, естеството на работата и характера на професионалния риск назначава или определя едно или повече длъжностни лица с подходящо образование и квалификация или създава специализирана служба.

Съгласно чл. 5 от Наредба № 2 от 22 март 2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи /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.

Наредбата дава възможност функциите на координатор по безопасност и здраве за етапа на изпълнението на строежа да се изпълняват освен от нарочно определени за това лица, и от консултанти (за строежи от първа до четвърта категория) или технически ръководители (за строежи от пета категория) /чл. 5, ал. 3/. В чл. 3 от Наредба № 3/27.07.98 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 (Загл. изм. -ДВ, бр. 102 от 2009 г., в сила от 01.01.2010 г.), обн., ДВ, бр. 91/05.08.98 г. (издадена на основание чл. 24, ал. 2 ЗЗБУТ), е предвидено, че 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.

В чл. 15, ал. 1, т. 4, б. „в“ З., във връзка със задължението при вписване в ЦПРС строителите да разполагат с технически персонал, нает по трудово правоотношение, законодателят ясно е формулирал, че за лицето, което заема позицията контрол по спазването на здравословни и безопасни условия на труд липсва изрично нормативно изискване за притежавани образование и конкретна квалификация, като единствено са посочени общо формулирани условия за заемане на позицията.

В чл. 15, ал. 1, т. 5 З. е посочено, че наетият технически персонал притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство. Съгласно чл. 163а, ал. 1 и 2 ЗУТ, строителят е длъжен да назначи по трудов договор технически правоспособни лица, които да извършват техническо ръководство на строежите, като технически правоспособни (в случая експерт по безопасност и здраве в строителството) са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“, както и лицата със средно образование с четиригодишен курс

От горните разпоредби следва, че законодателят не е предвидил ограничение в квалификационната степен на лицата, които биха могли да изпълняват длъжността КБЗ. При това положение, незаконосъобразно жалбоподателят е въвел такова ограничение като е предвидил, че на посочената длъжност следва да бъдат назначени единствено лица, които да притежават квалификация с не по-ниска степен от средно специално техническо образование в областта на строителството, да притежава Удостоверение или Сертификат за система на управление на качеството в строителството или еквивалент и професионален опит като специалист контрол по качеството минимум 1 година.

Макар в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя да е определянето на критериите на ОП, както и самият жалбоподател твърди, същите не са абстрактни. Законосъобразността на действията при оперативна самостоятелност също следва да могат да бъдат проверени от съда - арг. от чл. 169 АПК вр. чл. 4 и чл. 6 от АПК.

След като законодателят не е предвидил ограничения в нормативните актове относно лицата, които могат да заемат длъжността КБЗ, то неоснователно такива са въведени от възложителя, като по този начин той е ограничил възможността в състава си потенциалните участници да имат назначено лице с друга квалификационна степен, имаща отношение към

строителния процес, и с изискуемия специфичен опит.

Въведеното изискване за професионална квалификация строителен инженер или еквивалентна професионална квалификация е ограничило необосновано лица, които разполагат с експерти с друга образователна квалификация, преминали обучение за осъществяване на контрол върху качеството и притежаващи съответния сертификат, поради липса на установено в закон изискване за минимално необходимо образование за изпълнение на длъжност - контрол по качество в строителството. Правилно УО се е позовал на чл. 15, ал. 1 т. 5 от З. - курс за Контрол на качеството в строителството могат да преминат не само строителни инженери, но и експерти с друг вид образователна /професионална/ квалификация, които са придобили правоспособност за осъществяване на контрол на качеството чрез преминато обучение. В случая са въведени две условия кумулативно - висше образование с професионална квалификация "строителен инженер или еквивалент" и наличие на правоспособност за упражняване на съответната позиция, което изискване при съпоставка с приложимите норми, се явява ограничително. Същото не е обосновано с обем или сложност на обществената поръчка. В допълнение се отбелязва, че по см. на чл. 15, ал. 1 т. 4 б. "Б" от Закона за камарата на строителите /З./ и чл. 163, ал. 1 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/ строителят следва да има в състава си физически лица, наети по трудови договори, притежаващи необходимата техническа правоспособност. Според чл. 163а, ал. 2 ЗУТ - "технически правоспособни лицата" са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "строителен инженер", "инженер" или "архитект", както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника". Според правната регламентация, селективното условие на възложителя - експертът "Контрол по качеството" да е "строителен инженер", на практика пряко изключва участието на другите технически правоспособни лица. Тоест, допуснато е ограничение, което се явява необосновано, след като за доказването на квалификацията за контрол върху качеството се изисква удостоверение/сертификат за контрол върху качеството, който може да бъде притежаван от всяко технически правоспособно лице. При липса на ограничения в нормативната уредба УО правилно е приел, че поставените от възложителя конкретни изисквания необосновано ограничават кръга на потенциалните участници в процедурата. Ограничителните изисквания обективно са нарушили конкуренцията, респект. са предпоставили неподаване на икономически по-изгодни оферти и би довело до вреда на националния или на бюджета на ЕС. Правната квалификация на нарушенията е точна.

Вярно е, че законодателно е предвидена възможност в процедурите по обществени поръчки да се събират доказателства за техническите възможности на кандидатите или участниците, която възможност се ползва изцяло по преценка на възложителя при условията на оперативна самостоятелност. От

друга страна, когато възложителят приеме за необходимо да изисква доказване на посочените обстоятелства, следва да се съобрази с изискванията на съответните специални нормативни актове - приложими според конкретиката на фактите. В случая не е оспорено правото на оперативна самостоятелност на възложителя да определя изискванията към участниците - това право е преценено при дължимо съобразяване от страна на възложителя с нормативните изисквания и недопускане на непропорционални изисквания. Свободната преценка на възложителя е в границите, определени с разпоредбите на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 ЗОП. Тоест, възложителят няма право да наруши установените забрани - "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."

При това положение действително поставеното от възложителя изискване се явява ограничително и без основание жалбоподателят поддържа, че изискването кореспондира със сложността на възложените дейности. От една страна - не са индивидуализирани елементи от обхвата на чл. 2, ал. 2 ЗОП относно сложност, количество или обем на обществената поръчка спрямо конкретния предмет на договорите, а от друга - след като законът дава възможност и допуска тези функции да бъдат изпълнявани и от други специалисти в областта на проектирането и строителството - изискването на възложителя се явява ограничително и в нарушение на основните принципи на чл. 2 ЗОП за: равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност; публичност и прозрачност.

Следва извод за това, че въвеждането на критерии за подбор извън допустимите по смисъла на ЗОП, е довело до пряко ограничаване кръга на потенциалните участници. Констатираното нарушение от една страна създава трудност за потенциалните участници да набавят персонал с лимитативно определена квалификация, а от друга - ограничава дадената им нормативна възможност да доказват квалификацията на правоспособните лица от екипа им, чрез представяне на съответните регламентирани средства. Посоченото създава условия за неравно третиране на участниците в процедурата. В конкретиката на фактите ограничение не е обосновано от обективни потребности на възложителя, поради което е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП, която норма императивно въвежда забрана при възлагането на обществени поръчки възложителите 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. Както бе посочено, оспорващата страна не ангажира доказателства относно доказване фактът, че предметът на конкретната

обществена поръчка налага поставянето на процесните ограничителни критерии за подбор. Тоест, ограничението не е обосновано от предмета и количеството или обема на обществената поръчка, а общественият интерес от предмета на обществената поръчка не е основание за налагане на установеното ограничение, вкл. и нейната стойност, защото не стойността, а обема и вида на строителните дейности имат отношение към изискванията за експертите.

При така изложената фактическа обстановка съдът формира и превните си изводи: Целта на финансовата корекция /съгласно чл. 1, Наредбата/ е при констатиране на нередности, в случаите на възлагане на обществени поръчка по реда на ЗОП по проекти, съфинансирани със средства от посочените фондове, да се възстанови ситуацията, при която всички разходи, извършени в рамките на предоставена безвъзмездна финансова помощ, са в съответствие с приложимото национално и европейско законодателство, както и подобряване на контрола и намаляване на случаите на нередности.

Параграф единствен, т. 1 от ДР на Наредбата за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския съюз дава легална дефиниция на понятието "нередност" и това е: всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие на икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Дефиниция на понятието се съдържа и в чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2016г, съгласно която "нередност" е всяко нарушение на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно посочената легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като "нередност" следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; доказано нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции при определянето на корекциите се вземат предвид: - характерът и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение от друга. С други думи причинно-следствена връзка има/или би имала за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от

името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Според съдебния състав, посочените по-горе нарушения представляват нередност, която нарушава принципа на равнопоставеност и създава условия за дискриминация, поради следното: нарушението на която и да е разпоредба от Закона за обществените поръчки по принцип би следвало да води и до нарушение на принципите на закона, защото установените правила не са самоцелни, а са въведени, за да гарантират именно принципите на закона. Основното в случая е обстоятелството, че нарушението на посочената норма нарушава и принципите на равнопоставеност и на недискриминация, защото поставя в неравностойно положение икономическите субекти - потенциални участници в обществената поръчка, като както бе посочено и по горе на това основание биха били отстранени участници в обществената поръчка.

Допуснатите от бенефициера нарушения са на Закона за обществените поръчки, като естеството на нарушенията е такова, че е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с чл. 72, ал. 3 във вр. с, ал. 4 ЗУСЕСИФ размерът на финансовата корекция следва да бъде определен чрез процентен показател, установен в Наредбата. Следва да се посочи, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., поставят като изискване наличието единствено на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. 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 могло да има". Посоченото тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз, дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006 и др.

Съдът намира, че нарушението на свързаното с правото на Съюза национално право, което обективно е довело до нарушаване на принципите на равнопоставеност и недискриминация винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако бенефициерът бе спазил изискването на закона, би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Това дава основание да се приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал установеното нарушение общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-малки, а следователно и разходите на Съюза биха били по-малки.

Националният законодател е приел, че посочените в приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции нарушения на Закона за обществените поръчки винаги създават възможност за вреда на бюджета на Съюза. Поради това, когато съответното нарушение на Закона за обществените поръчки попада

в някои от категорията нарушения от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, винаги е налице вреда на бюджета на Съюза и с оглед на това следва да се определи финансова корекция. В случая органът приел, че установените нарушения попадат в категорията нарушения по т. 11, буква „б“ от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В т. 11, буква „б“ се посочват неправомерни и/или дискриминационни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, което съответства на характера на установеното нарушение по чл. 59, ал. 2 във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, което значи, че установените нарушения може да нанесат вреда на бюджета на Съюза. Налице е и третият елемент на фактическия състав на нередността.

За да е законосъобразна финансовата корекция трябва да бъде определена не само по основание, но и по размер. Основанието представлява допуснатото от възложителя нарушения на Закона за обществените поръчки, който е национално право, свързано с правото на Съюза, и възможността да бъде нанесена вреда на бюджета на Съюза. Размерът на финансовата корекция следва да бъде определен в съответствие с разпоредбите на чл. 72 ЗУСЕСИФ. Не е възможно в случая да се даде количествено изражение на финансовите последици, в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ, поради което размерът на финансовата корекция следва да бъде определен по пропорционалния метод. За да е законосъобразно определен този размер, е необходимо органът да е спазил чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ и да е определил размер в съответствие с установеното в приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно процентно съотношение.

Предвид нормата на чл. 72, ал. 1 във вр. с, ал. 3 и 4 ЗУСЕСИФ процентното съотношение ще е законосъобразно, ако органът е определил размера му в рамките, установени от законодателя на основание чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ, т.е. в приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и при спазване на разпоредбата на чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Така за нарушението на т. 11, буква „б“ от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции законодателят е определил 25% финансова корекция с възможност да бъде намалена на 10% или на 5%. В случая органът е определил процентното съотношение към минимума - 5%, което съдът намира за законосъобразно, предвид вида на нарушението и липсата на пряка вреда за общностния бюджет. Правилно е приложена формулата по чл. 5, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции.

Във връзка с изложено съдът намира, че оспореният административен акт е издаден в съответствие с приложимия материален закон и жалбата срещу него подлежи на отхвърляне.

С оглед изхода на делото на ответника следва да се присъдят разноски за юрисконсултско възнаграждение. При прилагането на чл. 78, ал. 8 от ГПК във вр. с чл. 144 от АПК, във връзка с чл. 37 от Закона за правната

помощ във вр. с чл. 25 от Наредбата за заплащането на правната помощ, съдът определя като съответстващо на фактическата и правната сложност на делото възнаграждение за юрисконсулт в размер на 300 лв.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 7 състав,

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата от Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на Управителния съвет Г. Т., чрез главен юрисконсулт В., срещу Решение № РД-02-14-258/12.03.2021 г., издадено от директора на дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ (дирекция УТС) и Ръководителя на Националния орган (НО) на Програма I. V-A Гърция –България, с което за установени нарушения на ЗОП е определена финансова корекция на бенефициента общо в размер на 9 169 лева с ДДС, представляваща 5 % от стойността на допустимите разходи по договор № РД – 36- 5/06.06.2018 г. с изпълнител „План инвест П.“ - Е. на стойност 183 380 лв. без ДДС (220 056 лева, с ДДС).

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на Управителния съвет Г. Т. да заплати на заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството сумата от 300 лева /триста лева/ разности по делото.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: