

# РЕШЕНИЕ

№ 1326

гр. София, 25.02.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 49 състав,**  
в публично заседание на 25.02.2019 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Маргарита Йорданова**

при участието на секретаря Наталия Дринова, като разгледа дело номер **10557** по описа за **2018** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, вр. с чл.27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Производството е образувано по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от председателя на УС, чрез пълномощник, срещу Решение № РД-02-36-1096/14.09.2018г., издадено от Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройство и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/, с което е наложена финансова корекция в размер на по 5% по сключени договори за строителство № РД-33-4/01.03.2018г. на стойност 12027670.65 лв. без ДДС, № РД-37-12/12.02.2018г. на стойност 6244148.71 лв. без ДДС и № РД -33-2/27.02.2018г. на стойност 12309905.45 лв. без ДДС с изпълнители „ Регионални пътища 2017“ Д., „К. П.“ Д. и [фирма], в резултат на проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет:“Определяне на изпълнител за строителство на 3 обекта –Лот 16, Лот 17 и Лот 18 на ОП“Региони в растеж“ 2014-2020 г. по обособени позиции“, финансирани с договори за предоставяне на БФП с рег. № BG16RFOP001-1-7.001-0016 –С02/сигнал за нередност № 444/; № BG16RFOP001-1-7.001-0017 –С02/сигнал за нередност № 445/; и № BG16RFOP001-1-7.001-0018 –С02/сигнал за нередност № 446/ Жалбоподателят в жалбата си и в съдебно заседание, чрез процесуалния си представител твърди незаконосъобразност на оспореното решение, 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. По същество жалбоподателят счита, че посочените от УО на ОПРР нередности по т. 9 от Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. - „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката в документацията за участие“, а именно за определените в раздел III.1.3 и т.б, б. „Е“ от обявлението за обществената поръчка и от документацията за участие условие участниците да разполагат с „Координатор по безопасност и здраве“ – 1бр.; в раздел III.1.3 и т.б, б. „Д“ от обявлението за обществената поръчка и от документацията за участие условие участниците да разполагат с „Инженер по материалите“ - 1бр. с професионална квалификация „Пътно строителство“ или „Транспортно строителство“, „Строителство на сгради и съоръжения“ , „Промислено и гражданско строителство“ или инженер – химик или аналогична специалност не са нарушение на разпоредбите на ЗОП, представляващи „нередност“ по смисъла на Наредбата за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския съюз, и съответно не могат да служат като основание за налагане на финансова корекция. Твърди се, че по отношение констатирана от ръководителя на ОУ на ОПРР нередност касаеща незаконосъобразно определения критерии за подбор, а именно въведеното от него условие от обявлението за обществена поръчка, от документацията за участие условие участниците да разполагат с координатор по безопасност и здраве /КБЗ/ с професионална квалификация „строителен инженер“ или „строителен техник“, била приложима цитираната в уведомителното писмо на УО на ОПРР - Наредба № 2 от 22.03.2004г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи, във връзка с чл. 2, ал. 1 от Закон за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране, а не посочения в обжалвания акт друг подзаконов нормативен акт Наредба № РД-02-20-25 / 03.12.2012 г. за условията и реда за издаване на удостоверения за вписване в регистъра на консултантите за оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и / или упражняване на строителен надзор, което представлявало съществено нарушение на процесуалните права. Не се споделят изводите на УО на ОПРР, че е налице нарушение и на чл.107 от ЗОП.С оглед на горното се иска отмяна на оспорения акт като незаконосъобразен и се претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение от ответника.

Ответникът по делото – Заместник- министър и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. при Министерство на регионалното развитие и благоустройство, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, като неоснователна по подробни доводи изложени в представените по делото писмени бележки. Претендира присъждането на разноски по делото.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена, не изпраща представител и не ангажира становище по същество на жалбата.

Административен съд – София -град, Трето отделение, 49 състав,като разгледа приложените по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Между Министерство на регионалното развитие и благоустройството и жалбоподателя са сключени Договори за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. № BG16RFOP001-1-7.001-0016 –С02 , с предмет и цел на договора: изпълнение на проектно предложение Лот 16 „Път II-35 Л.-Т. -К. от км 37+393 до км 46+105, с обща дължина 8,712 км., област Л. с обща сума на проекта 17160722.80 лв. / л.36-44 от делото/. Договор № № BG16RFOP001-1-7.001-0017 –С02, с предмет и цел на договора: изпълнение на проектно предложение Лот 17 „Път III-306 Червен Бряг - Ч. от км 9+715 до км 19+207, с обща дължина 9,492 км., област П. с обща сума на проекта 9810760.56 лв. / л.45-53 от делото/ и Договор № BG16RFOP001-1-7.001-0018 –С02 с предмет и цел на договора: изпълнение на проектно предложение Лот 18 „Път III-112 Дъбова махала- М. от км 10+500 до км 16+174,от км. 20+579 до км. 27+736.15, от км.29+675 до км.36+654.63 и от км. 37+825 до км. 47+806.74 с обща дължина 29,793 км., област М. с обща сума на проекта 17197526.40 лв. / л.54-62 от делото/

Съобразно сключените договори за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в тях задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициент по предоставената помощ е провел процедура за обществена поръчка с предмет: „Определяне на изпълнител за строителството на 3 обекта – Лот16, Лот 17 и Лот 18 на ОП“РР“ 2014-2020 по обособени позиции“ / л.166 – 186 от делото/, вследствие на което за обособена позиция № 1 е сключил с „Регионални пътища 2017“ Д., в качеството му на изпълнител - договор № РД-33-4/01.03.2018г. на обща стойност 12027670.65 лв. без ДДС /л.218-233 от делото/; за обособена позиция № 2 е сключен договор с [фирма], в качеството му на изпълнител - договор № РД-37-12/12.02.2018г. на обща стойност 6244148.71 лв. без ДДС /л.187-201 от делото/; за обособена позиция № 3 е сключен договор с „К. П.“ Д., в качеството му на изпълнител - договор № РД-33-2/27.02.2018г. на обща стойност 12309905.45 лв. без ДДС /л.202-217 от делото/ По време на извършване на процедурата по ЗОП/отм./ от страна на УО по ОПРР не са констатирани нарушения и несъответствия с разпоредбите на ЗОП

Видно от представеното към административната преписка писмо изх.№ 99-00-6-799/13.07.2018г./ л.118-124 от делото/, приобщено към доказателственият материал по делото Управляващият орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. е уведолил жалбоподателят, че са регистрирани сигнали за нередност № 444, 445 и 446. Посочено е, че обект на сигналите е открита процедура по ЗОП за обособени позиции № 1, 2 и 3, касаещи строителството на Лот16, Лот 17 и Лот 18.

В писмото е посочено, че след извършена проверка на предоставената информация, свързана със сигналите са констатирани конкретни нарушения на обществената поръчка, като в обявлението и документацията за участие били включени ограничителни условия недаващи право и на други лица да участват в процедурата. Посочени са и конкретните нарушения, а именно: по т.1.1 въведено условие участниците да разполагат с Координатор по безопасност и здраве с професионална квалификация – строителен инженер или строителен техник; по т.2.1.1 въведено

условие участниците да разполагат с Инженер по материалите с професионална квалификация - „Пътно строителство“ или „Транспортно строителство“, „Строителство на сгради и съоръжения“, „Промислено и гражданско строителство“ или инженер – химик или еквивалентни; по т.2.1.2 неправомерно избран изпълнител, неотговарящ на критериите за подбор - нарушение на чл.107, ал.2, б.“а“ от ЗОП; и по т.2.2 неправомерно избран изпълнител, неотговарящ на критериите за подбор по обособена позиция 3; по т.2.3 незаконосъобразно отстраняване на участник по обособена позиция 2 от обществената поръчка; по т.2.4 незаконосъобразно допуснати участници по всички обособени позиции.

В мотивите на писмото на УО на ОПРР са изложени доводи, че така констатираните нарушения представляват нередност по т. 9 от Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. - „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката в документацията за участие“; нередност по т.13 от Раздел II „Оценяване на предложения“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно допускане на участници в процедурата“; нередност по т.14 от Раздел II“Оценяване на предложения“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно отстраняване на участници в процедурата“ и са посочени размерите на финасовата корекция.

В двуседмичния срок за възражение по чл.73, ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, жалбоподателят е депозирал възражения относно основателността и размера на наложената финансова корекция / л. 125-131 от делото/.

Изготвена е докладна записка с изх. № 99-00-6-799/2/18.09.2018 г. от началника на отдел“Контрол на обществените поръчки и нередности „ ГД СППРР до УО на ОПРР с предложение за приключване на сигнали № 444,445 и 446 с установяване на нередност относно всяко от нарушенията и определяне на една обща финансова корекция за четрите нарушения, по пропорционалния подход в размер на 5 % от допустимите разходи по договорите с изпълнители „ Регионални пътища 2017“ Д., „К. П.“ Д. и [фирма] / л.132-141 от делото/.

С Решение № РД-02-36-1096/14.09.2018г., издадено от Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройство и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/, са приключени сигнали № 444, 445 и 446 и

е установена нередност по т. 9 от Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. - „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката в документацията за участие“; нередност по т.13 от Раздел II „Оценяване на предложения“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно допускане на участници в процедурата“; нередност по т.14 от Раздел II“Оценяване на предложения“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно отстраняване на участници в процедурата“ и са посочени размерите на финансовата корекция- нарушения на чл.2, ал.2 от ЗОП, чл.107, ал.2, б.“а“ от ЗОП и чл.107, вр. с чл.2, ал.1 от ЗОП, и е наложена финансова корекция в размер на по 5% по сключени договори за строителство № РД-33-4/01.03.2018г. на стойност 12027670.65 лв. без ДДС, № РД-37-12/12.02.2018г. на стойност 6244148.71 лв. без ДДС и № РД -33-2/27.02.2018г. на стойност 12309905.45 лв. без ДДС с изпълнители „Регионални пътища 2017“ Д., „К. П.“ Д. и [фирма], в резултат на проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет:“Определяне на изпълнител за строителство на 3 обекта –Лот 16, Лот 17 и Лот 18 на ОП“Региони в разтеж“ 2014-2020 г. по обособени позиции“, финансирани с договори за предоставяне на БФП с рег. № BG16RFOP001-1-7.001-0016 –C02/сигнал за нередност № 444/; № BG16RFOP001-1-7.001-0017 –C02/сигнал за нередност № 445/; и № BG16RFOP001-1-7.001-0018 –C02/сигнал за нередност № 446/.

В хода на настоящото съдебно производство други доказателства не са ангажирани от страните в процеса.

С оглед установеното от фактическа страна съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който е предвидено в чл.27 ал.1 във връзка с чл.38 т.1 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. С оспорения административен акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 17.09.2018г./ л.80 от делото/, жалбата е депозирана чрез административният орган в АССГ в прекузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 13.02.2018г. / и същата е ДОПУСТИМА за разглеждане.

Разгледана по същество, жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА, по следните съображения:

По валидността на акта:

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-02-36-902/25.08.2017 г. / л.32 от делото/, на основание чл. 25, ал.4 от Закона за администрацията, чл. 5, ал.4 и ал.1, т. 10 от Устройствения правилник на министерството на регионалното развитие и благоустройството, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007-2013 г. и на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството Д. Н. /подписала процесното решение/. Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно чл. 5, ал.4 и чл.5, ал. 1, т.10 от Устройствения правилник на МРРБ и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕСИФ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

С оглед на това съдът счита, че оспореният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма и при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от пороци, водещи до неговата нищожност.

#### **По процесуалната и материална законосъобразност на акта:**

Оспореният административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. е издаден в изискуемата от закона писмена форма, като съдържа фактически и правни основания за издаването му 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 с предмет: Определяне на изпълнител за строителство на 3 обекта –Лот 16, Лот 17 и Лот 18 на ОП“Региони в растеж“ 2014-2020 г. по обособени позиции“, с изпълнители „Регионални пътища 2017“ Д., „К. П.“ Д. и [фирма].

От правна страна като основания за налагане на финансовата корекция са посочени чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и **нередност по т. 9 от Раздел I** „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по Закона за управление на средствата от Европейските структурни и фондове /Наредбата/ приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. - „Неправомерни за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“, представляващи нарушение на чл. 2, ал.2 от ЗОП; **нередност по т.13 от Раздел II** „Оценяване на предложения“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на

критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно допускане на участници в процедурата“ - нарушение на чл.107, ал.2, б.“а“ от ЗОП; **нередност по т.14 от Раздел II**“Оценяване на предложения“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно отстраняване на участници в процедурата“ - чл.107, вр. с чл.2, ал.1 от ЗОП.

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 се 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Съгласно пар. 8, ал. 2 ЗУСЕСИФ приетите от Министерския съвет нормативни актове, които уреждат обществени отношения, предмет на закона, запазват своето действие по отношение на програмния период 2007 г. - 2013 г., в частност такова действие има Методологията за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма „Солидарност и управление на миграционните потоци“ /МОФК/.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета Наредба 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 нередности/, в сила от 31.03.2017 г. В пар. 1, ал. 1 от ПЗР на ПМС № 57/2017 г. изрично е вписано, че се отменя Постановление № 134 на Министерския съвет от 2010 г. за приемане на горесцитираната МОФК. Съгл. ал. 2 на същата разпоредба ПМС № 134/2010 г. се прилага до издаването на

декларация за приключването и окончателен контролен доклад на програмен период 2007 – 2013 г. за програмите, съфинансирани със средства от Структурните фондове, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма “Солидарност и управление на миграционните потоци” на Европейския съюз или до окончателното затваряне на програмите от Европейската комисия.

В случая няма спор, че се касае за Оперативна програма „Региони в растеж 2014-2020 г.“, което е видно от предмета на ДПБФП и датата на сключването им – 13.01.2017 г. и 24.01.2017 г., поради което и приложение в настоящия спор намира именно новоприетата с ПМС 57/2017 г. Наредба за нередностите, а не МОФК. Последната е отменена, а с пар. 2 на ПМС 57/2017 г. е удължено действието ѝ единствено по отношение на програмите от програмен период 2007-2013 г. По отношение на приложимия Закон за обществените поръчки: видно от описаните във фактическата част на настоящото решение документи процесната ОП е открита с решение № 30.09.2016 г. Действащият ЗОП е обнародван в ДВ, бр. 13/16.02.2016 г., но е в сила от 15.04.2016 г., от която дата е отменен ЗОП, обн., ДВ, бр. 28 от 6.04.2004 г., в сила от 1.10.2004 г., поради което по отношение на процесната ОП намират приложение именно разпоредбите на действащия ЗОП, както е приел и административният орган.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка дали е соченото 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 нередност чрез посочените като нарушения на ЗОП чрез действия, осъществени в хода на процедура по възлагане от АПИ на обществена поръчка с посочен предмет: „Определяне на изпълнител за строителство на 3 обекта –Лот 16, Лот 17 и Лот 18 на ОП“Региони в растеж“ 2014-2020 г. по обособени позиции“,

В мотивите на оспореното решение се сочи, че идентифицираните в т.1.1, т.1.2, т.2 и т.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 дали, защото АПИ 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 между страните е формиран по въпроса по 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 с оглед на чл.170, ал.1 от АПК е да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от АПИ 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.

В процесния административен акт Решение № РД-02-36-1096/14.09.2018 г. на УО на ОПРР, са изложени мотиви, съгласно които процесната обществена поръчка е засегната от отделни нарушения, **по т.1.1, т.1.2** – две ограничителни изисквания представляващи нередност по т. 9 от Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана“ към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. -„Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката в документацията за участие“, както и **по т.2 и т.3** - неправомерна избран изпълнител, неотговарящ на критериите за подбор, както и незаконосъобразно отстраняване на участник по обособена позиция 2 – представляващи нередности по т.13 и т.14 от Раздел II към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017г. – „Изменение на критериите за подбор след отваряне на офертите, което води до незаконосъобразно допускане или отстраняване на участници в процедурата“

Описанието на нарушението което е дадено в т. 9 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е, че то е налице в -„Случаи, в които потенциалните участници/кандидати са възпрепятствани от участие поради неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за

поръчка или в документацията, например: а) задължение за наличие на стопанска дейност или представителство в страната или в региона и б) участниците/кандидатите да притежават опит в страната или в региона. Посочени са и показателите по които се определят финансови корекции - 25 на сто, като корекцията може да бъде намалена на 10 на сто или на 5 на сто – в зависимост от тежестта на нарушението. Описанието на нарушението което е дадено в т.13 от Раздел II от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е, че то е налице когато – „Критериите за подбор са изменени по време на етапа на подбора, което води до допускане на участници/ кандидати, които не би трябвало да бъдат допуснати при спазване на обявените критерии за подбор“. Описанието на нарушението което е дадено в т.14 от Раздел II от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е, че то е налице когато – „Критериите за подбор са изменени по време на етапа на подбор, което води до отстраняване на участници/кандидати, които не би трябвало да бъдат отстранени при спазване на обявените критерии за подбор“. Посочени са и показателите по които се определят финансови корекции - 25 на сто, като корекцията може да бъде намалена на 10 на сто или на 5 на сто – в зависимост от тежестта на нарушението.

По отношение на първата констатация на установената нередност по т.9 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията по т.2.1.1 и т.2.1.2, представляващи нарушения по чл.2, ал.2 от ЗОП, съдът намира следното:

Съгласно чл.2, ал.2 от ЗОП, 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. Проявление на имплицитно съдържащото се в тази норма изпълнително деяние е посоченото в т. 9 от Раздел I „Обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана" към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, изразяващо се чрез въвеждане на „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“.

По отношение на първото констатирано нарушение от административният орган по чл.2, ал.2 от ЗОП по т.1.1 въведените в обявлението за обществената поръчка и от документацията за участие условие участниците да разполагат с координатор по безопасност и здраве /КБЗ/ - 1 бр. с професионална квалификация „строителен инженер“ или „строителен техник“, съдът намира следното:

По силата на чл.24 от Закона за здравословни и безопасни условия на труд (ЗЗБУТ) изпълнителят на поръчката следва да разполага с лице, което е натоварено с организиране изпълнението на дейностите по безопасност и здраве. 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 обаче Наредба № 3 е общият нормативен акт, който регламентира изискванията, функциите и задачите на 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 № 2/2004г. 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. Съгласно ал.3 на чл.5 функциите на координатор по безопасност и здраве могат да се изпълняват за етапа на инвестиционното проектиране и от: консултант (за строежи от всички категории) или лице с пълна проектантска правоспособност (за строежи от трета до пета категория); а за етапа на изпълнението на строежа - и от консултант (за строежи от първа до четвърта категория), съответно технически ръководител (за строежи от пета категория). Видно от ал.2 на 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. Допълнението и конкретизацията в ал.3, т.2 касае възможността на съответния етап - изпълнение на строежа, функциите на координатор по безопасност и здраве да бъдат възлагани и на други лица в зависимост от категорията на строежа - консултант или технически ръководител, извън тези по ал.2.

Съгласно чл.163а от ЗУТ техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, т.е. функциите на координатор по безопасност и здраве в хипотезата на чл.5, ал.3, т.2 от Наредба № 2 - когато те са възложени на техническия ръководител, могат да се осъществяват от строителен инженер, архитект или строителен техник. Извън тази хипотеза обаче, съгласно ал.2 на разпоредбата, това могат да бъдат и други лица, притежаващи професионална квалификация в областта на строителството, проектирането или здравословното изпълнение на СМР. Следователно нормативно изискване по отношение на 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. При това положение, обосновано ръководителят на УО е приел, че поставеното от възложителя изискване в тази насока се явява ограничително. Безспорно е, че установените от възложителя изисквания са свързани с предмета на

поръчката, касаеща строителство на път, и осигуряват изпълнението на функцията по координатор по безопасност и здраве от компетентно и квалифицирано лице. След като обаче законът дава възможност и допуска тези функции да бъдат изпълнявани и от архитекти – в случаите, когато те са възложени на техническия ръководител (чл. 5, ал.3, т.2, б. „б“ от Наредба № 2 във вр. с чл.163а, ал.4 от ЗУТ) или други специалисти в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР (чл.5, ал.2 от Наредба № 2), поставеното от възложителя изискване към участниците се явява ограничително и в нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП. То се явява ограничително в две насоки – от една страна, потенциалните участници не мога да се възползват от възможността, предвидена в чл.5, ал.3 от Наредба № 2 – да възложат функциите на координатор по безопасност и здраве на техническия ръководител на строежа, тъй като изискването в обявлението и в документацията за участие е за това да има нарочно назначено лице на трудов договор, а от друга страна - посредством изискването тази функция да се осъществява само от лице с професия „строителен инженер“ или „строителен техник.“ Ограничението се явява необосновано и поради това, че ефективното осъществяване на дейностите по безопасност и здраве от квалифицирано лице в случая е обезпечено чрез поставеното кумулативно изискване за притежаван от това лице специфичен професионален опит – участие на подобна позиция в най малко един изпълнен проект.

Ограничението 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 координатор по безопасност и здраве, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.

По отношение на първото констатирано нарушение от административният орган по чл.2, ал.2 от ЗОП по т.1.1 въведените в обявлението за обществената поръчка и от документацията за участие условие участниците да разполагат с „инженер по материалите“ - 1бр. с професионална квалификация - „Пътно строителство“ или „Транспортно строителство“, „Строителство на сгради и съоръжения“ ,“Промислено и гражданско строителство“ или инженер – химик или еквивалентни, съдът намира следното:

В законодателството не са предвидени специални изисквания относно образованието и квалификацията на лицата, на които е възложено да осъществяват контрол върху качеството на изпълнение на строителството, за съответствие на влаганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност, с каквито следва да разполагат строителите по силата на чл.15, ал.1, т.4, б. „б“ от Закона за камарата на строителите (ЗКС). При липсата на ограничения в нормативната уредба Ръководителят на УО правилно е приел, че поставените от жалбоподателя конкретни изисквания за образование на лицата, натоварени с тези функции, само в лимитативно изброените специалности необосновано ограничават кръга на потенциалните участници в процедурата. Изводът, че функциите по

контрол на влаганите в строителството материали биха могли да бъдат изпълнявани и от лица с друга професионална квалификация в строителството ответникът е подкрепил с конкретни примери за специалности, изучавани в няколко висши учебни заведения („Технология на материалите и материалознание“ в Техническият университет – Г., „Материалознание и технологии“ в Русенския университет „А. К.“, „Материалознание и технология на материалите“ в Техническият университет – С.). С оглед съществуващите в нормативната уредба най-общи изисквания за подходящо образование и квалификация на лицата, осъществяващи дейности във връзка с влаганите в строителството материали, няма основание да бъде изначално изключена квалификацията, придобита чрез обучение по посочените по-горе специалности. Неоснователни са доводите на жалбоподателя по отношение на приложението на разпоредбите на Наредба № РД-02-20-25 от 03.12.2012 г., тъй като договорът с който се възлага изпълнение на ОП е сключен с търговец, вписан в ТР, който следва да притежава необходимия брой служители - физически лица, със съответната квалификация, чрез които именно дружеството изпълнител ще изпълни изискванията на възложителя по ОП.

Дори да се възприемат доводите на жалбоподателя, че за конкретната длъжност „инженер по материалите“ водеща следва да е специализацията, свързана с предмета на поръчката, т.е. експертизата в областта на пътищата, а не специализацията в областта на материалите при строителството, то изискванията на възложителя отново се явяват необосновано ограничителни, тъй като е напълно възможно лице, чието образование попада в някоя от изброените от УО алтернативни специалности, впоследствие да е придобило допълнителна квалификация в областта на пътното строителство, напр. чрез квалификационен курс. С оглед на това съдът споделя напълно изводите на ответника, че с поставянето на посочените изисквания по отношение на вид образование и специалности, които следва да са завършили лицата, наети от кандидатите за длъжността „инженер по материалите“, жалбоподателят необосновано е ограничил участието на лица в процедурата, като е установил неправомерни критерии за подбор и с това е нарушил чл.2, ал.2 от ЗОП И в този случай не може да бъде определено реалното количествено изражение на нанесената вреда на средствата от ЕСИФ, поради което правилно административният орган е посочил, че финансовата корекция следва да се определи по пропорционалния метод.

По отношение на третото констатирано от административния орган нарушение по чл.107, ал.2, б.“а“ от ЗОП, т.2 – неправомерно избран изпълнител, неотговарящ на критериите за подбор по обособена позиция 3, съдът намира следното:

Съгласно чл. 107, ал.2, б.“а“ от ЗОП, освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява от процедурата участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката. В конкретният случай за позиция „Инженер по част „Геодезия“, възложителят на поръчката е изискал от участниците да разполагат с лице, придобило образование с професионална квалификация „Геодезия“ или „Маркшайдерство и геодезия“ или еквивалентна. Видно от констатациите на

административният орган е избрал изпълнител – „К. П.“ Д., който е предложил за позицията лице което има образование по специалност „Земеустройство“ , което правилно е прието, че не може да се приеме като еквивалентна на специалностите изкуиме от възложителя на ОП. Доказателства които да оборят тези изводи на адм. орган не бяха представени по делото. С оглед на горното правилно е прието че от възложителя е допуснато нарушение на чл.107, л.2, б.“а“ от ЗОП което от своя страна съставлява нарушение по т.13 от Раздел II от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е, че то е налице когато – „Критериите за подбор са изменени по време на етапа на подбора, което води до допускане на участници/ кандидати, които не би трябвало да бъдат допуснати при спазване на обявените критерии за подбор“. По отношение на четвъртото констатирано от административния орган нарушение по чл.107, вр. с чл.2, ал.1 от ЗОП, т.3 – незаконосъобразно отстраняване на участник по обособена позиция 2, съдът намира следното: Видно от обавлението за обществената поръчка критерия за възлагане, избран от възложителя е „икономически най-изгодна оферта“. От представените по делото доказателства безспорно се установява, че по отношение на един от кандидатите Обединение Лот 17-Ч.“ е било допуснато незаконосъобразно отстраняване от участие в процедурата с оглед на това, че същото е предложило цена по-ниска от максимално заложената в документацията.

Използваните показатели за оценка не допринасят за оценяване на качеството на изпълнението на ОП и съответно не способстват за избор на най – добрата оферта в съотношение количество-цена. Действително законът предостъпя в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя, възможността да избере критерия, въз основа на който ще се определи „икономически най –изгодната оферта“, както и да определи показателите, включени в него, относителната им тежест и методиката за оценката на всеки показател. Водещото обаче е да се гарантират както интересите на възложителя и на потенциалните участници в процедурата така и спазването на основните принципи на ЗОП, посочени в чл.2 на същия.

С оглед на горното съдът намира за правилен извода на административният орган, че констатираното несъответствие е съществено и е налице нарушение на чл.107, вр. с чл.2, ал.1 от ЗОП, тъй като е нарушена целта на закона за ефективното разходване на средствата от ЕСИФ.

Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че в административното производство не е доказано процесните нарушения да са довели до неправомерен разход на бюджета на Съюза. От съвместното тълкуване на чл. 2, т. 36 вр. чл. 143 от Регламент 1303/2013 г., може да се направи извод, че при констатиране на нередност чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. задължава държавите-членки да извършат финансова корекция, доколкото не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд /така в т. 2 от диспозитива на решение от 14.07.2016 г. на СЕС по дело С-406/14 г./ . Няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност /така т. 47 от дело С-465/10 на СЕС, Решение № 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. № 1460/2017 г., 5-членен с-в и цитираната в него практика на СЕС/.

Установените нарушения представляват нередност от кръга на посочените в т.9, т.13 и т.14 от Приложението към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, за които е предвидено налагането на финансова корекция в размер от 5 до 25 на сто в зависимост от тежестта на нарушението. Определянето на конкретния размер на финансовата корекция е предоставено на преценката на Ръководителя на УО, който в това отношение действа при оперативна самостоятелност. С оглед на това съдът следва да извърши проверка дали административният орган е мотивирал преценката си и дали е спазил принципа на съразмерност.

В случая в решението са изложени ясни и конкретни съображения за определянето на съответния размер на финансовата корекция, а освен това същата е в минимален размер, поради което съдът приема, че са спазени изискванията за законосъобразност при упражняване на оперативната самостоятелност. В съответствие с принципа, установен в чл. 72, ал.4 от ЗУСЕСИФ и чл.7 от Наредбата за посочване на нередности, административният орган е наложил една обща финансова корекция в размер на 5% от отчетените разходи. Правилно е определена и основата, върху която се налага финансовата корекция. В случая органът е определил финансовата корекция спрямо стойността на допустимите разходи по сключените в резултат на обществената поръчка договори. От приложения по делото договор за предоставяне на БФП е видно, че програмата се финансира със средства на Европейския фонд за регионално развитие 100% с оглед на което съдът приема, че определената по този начин финансова корекция е законосъобразна.

По изложените съображения съдът намира, че оспореното Решение № РД-02-36.1096/14.09.2018 г., издадено от Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройство и ръководител на управляващия орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/, 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.

При този изход на спора, разноски се дължат от жалбоподателя на ответника в съответствие с чл.143 ал.4 от АПК и с оглед на представените по списък на разноските и доказателства за тяхното изплащане в размер на 18041.65 лв. Неоснователно е възражението за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение с оглед на материалния интерес по делото, както и с оглед на фактическата и правната сложност на делото.

Така мотивиран и на основание чл.172, ал.2 от АПК, Административен съд – София -град, Трето отделение, 49 състав

## **Р Е Ш И:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на **Агенция „Пътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК]**, със седалище: [населено място], [улица], представлявана от председателя на УС, Решение № РД-02-36-1096/14.09.2018г., издадено от Заместник-министър на регионалното развитие и благоустройство и ръководител на управляващия

орган на ОП „Региони в растеж“ 2014-2020 /ОПРР/, с което е наложена финансова корекция в размер на по 5% по сключени договори за строителство № РД-33-4/01.03.2018г. на стойност 12027670.65 лв. без ДДС, № РД-37-12/12.02.2018г. на стойност 6244148.71 лв. без ДДС и № РД-33-2/27.02.2018г. на стойност 12309905.45 лв. без ДДС с изпълнители „Регионални пътища 2017“ Д., „К. П.“ Д. и [фирма], в резултат на проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет:“Определяне на изпълнител за строителство на 3 обекта –Лот 16, Лот 17 и Лот 18 на ОП“Региони в растеж“ 2014-2020 г. по обособени позиции“, финансирани с договори за предоставяне на БФП с рег. № BG16RFOP001-1-7.001-0016 –С02/сигнал за нередност № 444/; № BG16RFOP001-1-7.001-0017 –С02/сигнал за нередност № 445/; и № BG16RFOP001-1-7.001-0018 –С02/сигнал за нередност № 446/

**ОСЪЖДА** Агенция „Пътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК], със седалище: [населено място], [улица], представлявана от председателя на УС, да заплати по сметката на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сумата в размер на 18041.65 лв./ осемнадесет хиляди и четиридесет и един лева и шестдесет и пет стотинки/, представляващи разноси по делото.

**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:**