

# РЕШЕНИЕ

№ 4000

гр. София, 15.06.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 75 състав,**  
в публично заседание на 16.05.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Росица Цветкова**

при участието на секретаря Наталия Дринова, като разгледа дело номер **2297** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от председателя на Управителния съвет Т. В., чрез юрк. А. Т., срещу акт за определяне на финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД 33 – 21 от 22.08.2012г. с изпълнител Д. „Т. СОП“ на стойност 39 850 000лв. без ДДС, обективиран в писмо № 04-25-101 от 29.12.2021г. на ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“. Жалбоподателят чрез законния си представител обосновава, че оспореният акт е незаконосъобразен, тъй като е постановен в нарушение на изискванията за форма и в противоречие с материалния закон. Оспорва се наличието на основания за налагане на финансова корекция на А. и начинът за нейното формиране, както и самото основание за откриване на административното производство. Оспорва наличието на нередност, изразяваща се в незаконосъобразни изисквания към кандидатите за изпълнение на обществена поръчка. По подробно аргументирани съображения се прави искане съдът

да отмени оспореното решение. В съдебно заседание жалбата се поддържа от процесуален представител. Претендират се разноси по делото.

Ответникът – ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“, чрез процесуален представител, оспорва жалбата по подробно изложени съображения в придружителното писмо, с което жалбата е изпратена в съда. В съдебно заседания съображенията се поддържат. Претендират се разноси по делото.

След преценка на събраните по делото доказателства и като съобрази становищата на страните, Административен съд – София-град приема за установено следното:

Между „Агенция Пътна инфраструктура“ и управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт 2007 – 2013г.“ през 2012г. е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт" 2007 – 2013 г., приоритетна ос 2 "Развитие на пътната инфраструктура по Т.-европейските и основни национални транспортни оси“.

С решение № 217 от 05.12.2011 г., председателят на УС на А. е открил процедура за възлагане на открита обществена поръчка с предмет: Допълнително проектиране и строителство на обект: Път II-18 „Софийски околоръстен път в участъка от км 59+400 до км 61+629.18 и от км 0+000 до км 0+780”. В документацията за обществената поръчка е посочено следното изискване към кандидатите по отношение на технически възможности и квалификация: т.6.1.1.1 – общо за последните пет години да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища и/или улици с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос, с обща дължина минимум 20 км..... В случай, че участникът е обединение от физически и юридически лица, всеки един от членовете на обединението трябва да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища и/или улици с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос. В документацията не се съдържа обосновка за това изискване въз основа на извънредни обстоятелства. По така обявената обществена поръчка на 22.08.2012г. е сключен договор с Д. „Т. СОП“. Цената за изпълнение на договора е 39 850 000лв. без ДДС, а средствата по него са осигурени от безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013 г.“.

С решение на Европейската комисия от 27.07.2021г., чийто адресат е Република България е прието, че приносът от Кохезионният фонд за оперативна програма „Транспорт 2007 – 2013г.“ по цел „Сближаване“ в България се намалява с 8 057 019.15 евро, по съображения, че разходите, съдържащи се в заверен отчет за разходите са неправомерни и не са коригирани от Република България в съответствие с чл. 98 от Регламент № 1083/2006г. Основания за тази констатация са установени нередности в три процедури за възлагане на обществени поръчки, организирани от А., една от които е процесната. Конкретната нередност, която е обоснована по отношение на процесната процедура за възлагане на обществена поръчка, е въведеното изискване спрямо кандидатите - сдружения на физически и юридически лица, всеки член на обединението да докаже, че е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища и/или улици с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос и липсата на обосновка на това изискване въз основа на извънредни обстоятелства.

Със заповед № РД – 08 - 414 от 04.10.2018г. министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията е оправомощил Г. В. – директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ да изпълнява функциите на ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“.

На 08.11.2021г. ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт 2007 – 2013г." е уведомил „Агенция Пътна инфраструктура“ за установена нередност по процедурата (по повод въведеното изискване по т. т.6.1.1.1 спрямо сдруженията – всеки член на сдружението да покрива изискванията за опит) за нарушение на чл. 44, § 2 и чл. 48, § 3 и 4 от Директива 2004/18/ЕО, което представлява нарушение и на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.), според който възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка.

В писмото е посочено още, че нарушението съставлява следната нередност - „критериите за подбор не са свързани със и/или не са пропорционални на предмета

на поръчката“ по т. 10 от Методология 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" (от Приложение към чл. 6, ал. 1), както и предстои налагането на санкция в минималния предвиден размер от 5 %, която няма да се кумулира със санкцията, наложена чрез писмо №14-00-1808 от 12.01.2016г. за установена нередност по същия договор в размер на 2%. (Посоченото писмо не е представено по делото, но доколкото твърдението за налагането на подобна санкция е благоприятно за жалбоподателя в контекста на настоящото оспорване, съдът приема този факт за безспорен). Указана е възможността за подаване на възражение срещу налагането на финансовата корекция и нейния размер.

С писмо от 16.11.2021г. законният представител на А. е възразил с основен аргумент, че не може да са субект на наложената санкция, тъй като решението на ЕК има за адресат Р. България. Отделно от това е обосновано, че не е налице нередност, за която да се ангажира отговорността на агенцията.

С писмо № 04-25-101 от 29.12.2021г. на ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“ по отношение на А. е определена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД – 33 – 21 от 22.08.2012г. с изпълнител Д. „Т. СОП“ на стойност 39 850 000лв. без ДДС за нередност по т. 10 от Методологията, изразяваща се във въведеното изискване спрямо сдруженията – всеки член на сдружението за последните пет години да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища и/или улици с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос – нарушение на чл. 25, ал.5 от ЗОП (отм.). В писмото липсва указание, че волеизявлението за налагане на финансова корекция може да бъде обжалвано; по делото не са представени доказателства кога писмото е съобщено на адресата, а жалбата срещу решението е подадена на 10.03.2022г.

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

Жалбата е подадена в срока по чл. 140, ал. 1 от АПК и, срещу акт, подлежащ на

оспорване по съдебен ред, от надлежна страна, поради което същата е допустима.

За да прецени основателността на жалбата, съдът съобрази следното:

С оспорения акт органът определя финансова корекция за допусната от Агенцията - бенефициент по договор за безвъзмездна финансова помощ, нередност.

Процедурата по определяне на финансова корекция е започнала след влизане на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Законът за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове се прилага от датата на влизане в сила за всички актове, издавани в рамките както на програмния период 2007 - 2013 г., така и на програмния период 2014 - 2020 г. Изключение е предвидено единствено в § 10, ал. 1 ЗУСЕСИФ относно започналите и неприключили производства, които се довършват по досегашния ред. С оглед на това процедурата по определяне на финансова корекция и определянето на самата финансова корекция следва да бъде в съответствие с установеното в Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

По силата на § 8, ал. 2 от ПЗР от ЗУСЕСИФ приетите от Министерски съвет нормативни актове, уреждащи обществени отношения, които са предмет на този закон, както и издадените от Министъра на финансите указания за изплащане на безвъзмездна финансова помощ, за верификация и сертификация на разходите, за организация на счетоводния процес, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за приключване на оперативните програми, запазват своето действие по отношение на програмен период 2007-2013 г. При констатиране на нарушения по възлагане на обществени поръчки по реда на Закона за обществените поръчки по проекти, 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", за програмния период 2007 – 2013 г. е приложима 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" (Загл. изм. – ДВ, бр. 52 от 2014 г., в сила от 24.06.2014 г.).

При тази правна рамка съдът приема, че обжалваният административен акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма – писмена, с посочване на правни и фактически основания за постановяването му и при липса на съществени процесуални нарушения. Няма основание да се приеме, че актът е издаден при превратно упражнение на власт.

Фактът, че процедурата за възлагане на обществената поръчка е била предмет на обсъждане в решение на Европейската комисия от 27.07.2021г., чийто адресат е Република България, не изключва правомощието на ръководителя на УО за последваща проверка и провеждане на производство от вида на процесното.

При преценка на съответствието на акта с материалния закон, съдът съобрази следното:

Към момента на извършване на твърдяното нарушение, понятието "нередност" е дефинирано в чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. на Съвета от 11 юли 2006 г. относно определянето на общи разпоредби за Европейския регионален фонд, Европейския социален фонд и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999, според който "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. Предвид легалната законова дефиниция, 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/ доказана вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Целта на финансовата корекция, съгласно чл. 1, ал. 2 и ал. 3 от Методологията, е да се гарантира или възстанови положението, при което всички разходи, извършени в рамките на предоставена безвъзмездна финансова помощ, да бъдат в съответствие с

приложимото национално и европейско законодателство, както и подобряване на контрола и намаляване на случаите на нередности.

По отношение на твърдяното нарушение:

Нормата на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм. 2016г.) регламентира, че възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки. Съдът намира, че поставеното от възложителя на обществената поръчка изискване при участия на сдружения по ЗЗД всеки член на сдружението за последните пет години да е изпълнил договор/договори за строителство на автомагистрала и/или пътища и/или улици с носимоспособност на пътната конструкция от 11.5 тона на ос, без да се държи сметка за разпределението на дейностите по изпълнението на поръчката между членовете на сдружението, е ограничително и непропорционално. То би имало смисъл само ако всички участващи в сдружението лица извършват непосредствено дейност по изграждането на пътя, но не и когато тази дейност се изпълнява само едно или няколко лица, членове на сдружението, които имат подобен опит. Съдът приема, че е налице соченото от страна на административния орган нарушение на чл. 25, ал. 5 от ЗОП (отм.). Правилно нарушението е квалифицирано като нередност по т. 10. от Приложение към чл. 6, ал. 1 - Критериите за подбор не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката: Когато минималните изисквания за възможностите на участника или на кандидата за определена поръчка не са свързани с и/или не са пропорционални на предмета на поръчката, като по този начин не се гарантира равен достъп на участниците в процедурата или се ограничава конкуренцията за участие в обществената поръчка.

Нарушението е от такова естество, че е създадо потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона и не бе поставял подобно изискване за подбор, би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Това дава основание да се приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал обсъжданото нарушение общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-ниски. Вредата е пряка и

непосредствена последица от въведеното непропорционално изискване с оглед предмета на поръчката.

Налице са сочените в решението фактически и правни основания за налагане на финансова корекция, като същата е правилно определена като размер. В случая, с оглед на естеството на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата. По тези съображения съдът приема, че правилно административният орган е установил размера на финансовата корекция по пропорционалния метод, на основание чл. 9, ал. 2 от Методиката. За посочената нередност е предвиден процентен показател от 25 на сто от стойността на договора, с възможност корекцията да бъде намалена до 10 на сто или 5 на сто в зависимост от тежестта на нарушението. Доколкото на жалбоподателя е наложен минималният предвиден размер на корекция, е безпредметно да се обсъжда дали при определяне размера на финансовата корекция органът е отчел правилно характера и тежестта на нарушението и неговото финансово отражение.

По изложените съображения съдът приема, че оспореният административен акт е законосъобразен, издаден от компетентен орган, в определената от закона форма, при липса на допуснати съществени нарушения на административно–производствените правила, в съответствие с материалните разпоредби и с целта на ЗУСЕСИФ.

С оглед изхода на спора искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски в минимален размер е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 изр. 2 от Наредбата за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, съдът

#### Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Агенция Пътна инфраструктура“ срещу акт за определяне на финансова корекция в размер на 5% от стойността на договор № РД 33 – 21 от 22.08.2012г. с изпълнител Д. „Т. СОП“ на стойност 39 850 000лв. без ДДС, обективиран в писмо № 04-25-101 от 29.12.2021г. на ръководителя на управляващия



орган на Оперативна програма „Транспорт 2007 - 2013г.“.

ОСЪЖДА „Агенция Пътна инфраструктура“ да плати на Министерството на транспорта и съобщенията юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

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

СЪДИЯ: