

ОПРЕДЕЛЕНИЕ

гр. Луковит, 26 март 2021 г.

РАЙОНЕН СЪД ЛУКОВИТ в закрито съдебно заседание на двадесет и шести март две хиляди двадесет и първа година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ВЛАДИСЛАВА ЦАРИГРАДСКА

Като разгледа докладваното от съдия **Цариградска** административно-наказателно дело **№ 14/2021 г.** и за да се произнесе след съвещание съобрази следното:

Производството е по реда на член 267, § 2 от Договора за функциониране на Европейския съюз (ДФЕС)

СТРАНИ ПО ДЕЛОТО

Жалбоподател LB

Ответник по жалбата Сметна палата на Република България с адрес гр. София 1000, ул. „Екзарх Йосиф“ №37, представлявана от председателя Цветан Цветков, действаща **чрез юрисконсулт Диана Александрова Димитрова** със същия адрес

ПРЕДМЕТ НА ГЛАВНОТО ПРОИЗВОДСТВО

1. Делото е образувано по повод жалбата на LB, подадена чрез адвокат Артур Асланиян, срещу Наказателно постановление, издадено от председателя на Сметната палата на Република България, с което на жалбоподателя е наложена глоба в размер на 10 000 лева за нарушение на член 2, алинея 2 от Закона за обществените поръчки.

ФАКТИТЕ ПО ДЕЛОТО

2. На 21.03.2018 г. е сключен Административен договор за предоставяне на **безвъзмездна финансова помощ** по оперативна програма „Околна среда 2014-

2020“, съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и Кохезионния фонд на Европейския съюз по процедура чрез директно предоставяне BG16M10P002-4.003 „Превенция и противодействие на свлачищните процеси за ограничаване риска от тях (вкл. по републиканска пътна мрежа)", на конкретен бенефициент Община Луковит на основание чл. 45, ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), по силата на който Ръководителят на Управляващия орган – министъра на околната среда и водите, предоставя на бенефициента – Община Луковит, безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 649 732,14 лева по проект ИСУН №BG16M10P-4.003-0002 „Укрепване на свлачище LOV19.44327.02 - откос на път за Регионално депо за твърди отпадъци - ул. „Синчец" - гр. Луковит.

3. В глава V, раздел II, член 65 от Административния договор са уредени условията за налагане на **финансови корекции**, като в алинея 2 изрично е предвидено, че основанийето за налагане на финансова корекция и установяване на приложимия размер се определят съгласно националното законодателство и Насоките, одобрени с Решение С (2013)9527 на Европейската комисия **в случаите на неспазване на правилата за възлагане на обществени поръчки.**
4. С Решение № 118 от 05.04.2018 г. кметът на Община Луковит LB, открил **процедура „публично състезание"** на основание член 18, алинея 1, точка 12 от Закона за обществените поръчки (наричан по-нататък ЗОП) за възлагане на обществена поръчка с предмет **„Укрепване на свлачище LOV19.44327.02 - откос на път за Регионално депо за твърди отпадъци - ул. „Синчец" - гр. Луковит.** Решението е публикувано в Регистъра на обществените поръчки на Агенцията по обществени поръчки на 05.04.2018 г. с уникален идентификационен номер 00369-2018-0005.
5. Прогнозната стойност на обществената поръчка е 482 668 лева без данък добавена стойност (ДДС), равняващи се на 246 784 евро според фиксинга на Българската народна банка.
6. С решението са одобрени обявлението за оповестяване откриването на процедурата и документацията. Обявлението за поръчка е по **стандартен**

образец съгласно член 51, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (наричана по-нататък Директива 2014/24/ЕС) и съдържа следната информация, освен посочената в решението за откриване на процедура:

7. В раздел II, „Предмет“, относно краткото описание на поръчката е посочена целта на проекта – да се възстановят и подобрят транспортно-експлоатационните качества на пътния участък, в това число: изграждане на нова конструкция на настилката в засегнатия участък, подобряване на равността на настилката в засегнатия участък, осигуряване на оттичането на повърхностните води, изграждане на контролно-информационна мрежа чрез опорна и контролна мрежа за геодезическо наблюдение на деформациите в свлачищния участък след извършени строително-монтажни работи по укрепване му и наблюдение на 7 контролни репера, равномерно разположени по проектните съоръжения, както и описание на пътната част от проекта.
8. Като критерии за възлагане са определени „качество“ и „цена“ в равно съотношение по 50% за всеки от тях.
9. В раздел III.1 „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“ са посочени условията за участие.
10. В раздел III.1.1) като изискване към годността за упражняване на професионална дейност е поставено условие всеки участник да е вписан в Централен професионален регистър на строителя за изпълнение на строежи IV група, I категория с обхват член 137, алинея 1, точка 1, буква „ж“ от Закона за устройство на територията и Наредба №1/2003 г. за номенклатурата на видовете строежи, а за чуждестранните участници в аналогични регистри съгласно правото на съответната държава.
11. В раздел III.1.3) са посочени изисквания към **„Техническите и професионалните възможности“**, сред които и (но не само) участникът да е изпълнил строителни дейности с предмет идентичен или сходен с предмета на поръчката за последните 5 години, считано от датата на подаване на офертата, като е уточнено, че като сходни ще се приемат дейности по укрепване на

свлачища и/или склонове и/или брегове и/или изкопи или еквивалентен строителен обект.

12. В същия раздел, точка 3.2 са посочени изискванията към инженерно-техническия състав – с необходимата професионална квалификация и опит, съответстващи на спецификата на поръчката, включващ като минимум: *Технически ръководител* на обекта с професионална квалификация **„Конструктор“** и/или **„Строителен инженер“** (или аналогична специалност, в случаите, когато образователно-квалификационната степен е придобита в държава, в която няма съответната специалност), както и други експерти с професионална квалификация **„Инженерна геология и хидрогеология“**, **„Геодезия“**, **„Пътно/транспортно строителство“**, с изискване към техническия ръководител и експертите да имат минимален *опит по специалността 3 години*; специалист – координатор по безопасност и здраве и специалист за контрол на качеството на изпълнение на строителството, като за последните двама специалисти е посочено, че е допустимо участниците да посочат, че техническият ръководител ще съвместява и техните функции.
13. Посочени са изискуемите инструменти, съоръжения и техническо оборудване, с които трябва да разполага участникът: геодезически прибори – тотална станция; комбиниран багер; самосвали – 2 броя; автокран; пилотна машина; анкерна машина; помпено оборудване за монтиране на анкери; валеж бандажен 2-3 тона с вибрации; асфалтополагаща машина; устройство и крик за изследване носимоспособността на анкерите; щампа.
14. В раздел VI.4. е разписана процедурата по обжалване – орган, отговарящ за обжалването – Комисия за защита на конкуренцията и ред за подаване на жалби
15. Идентични изисквания са въведени в одобрената от кмета Документация за участие в процедурата, като е посочен и срокът на изпълнение – максимум 12 месеца, считано от датата на откриване на строителната площадка.
16. В срока за получаване на оферти – 17 часа на 21.05.2018 г., са постъпили 3 оферти от участник №1 „Пътстрой-92“ АД, участник №2 „Хидрострой“ АД и участник №3 „Евро Алианс Геотехника“ АД. И тримата участници са предложили за технически ръководители на строежа инженери: участник №1 –

„инженер“, специалност „Транспортно строителство“ и опит по специалността 14 години, участник №2 – „Строителен инженер“ със специалност „Хидрогеология и инженерна геология“ с опит 33 години, участник № 3 – „строителен инженер“ със специалност „Строителство на сгради и съоръжения“ с опит 10 години.

17. В протокол № 1 от 28.05.2018 г. на комисията, назначена със заповед на кмета за извършване на подбор, оценяване и класиране на офертите, са посочените подробни мотиви за констатирани непълноти и несъответствия с изискванията за подбор спрямо тримата участници, като на всеки са дадени указания за представяне в 5-дневен срок на допълнителни разяснения, доказателства и/или единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП).
18. С протокол №2 от 22.06.2018 г. комисията е предложила за отстраняване участник №1 и участник №3, поради това, че не отговарят на критериите за подбор, като е извършила оценка на техническото предложение единствено на участник №2 „Хидрострой“ АД и е определена дата и място за отваряне на ценовото предложение.
19. С протокол №3 от 23.07.2018 г. комисията е изготвила комплексна оценка на предложението на участник №2 – 95 точки (от общо 200), като го е класирала на първо място.
20. С решение от 24.07.2018 г. кметът на Община Луковит обявил: 1. класирането на участник №2 на първо място и определянето му за изпълнител на поръчката; 2. отстраняването на другите двама участници по съображенията за несъответствие с критериите за подбор, изложени от комисията.
21. На 29.08.2018 г. е сключен Договор №68 между Община Луковит и изпълнител „Хидрострой“ АД на стойност 481 293,72 лева без данък добавена стойност (ДДС) или 577 552,46 лева с ДДС.
22. Не са постъпвали жалби на нито един етап от провеждане на обществената поръчка, нито искания за разяснения.
23. С Решение от 09.11.2018 г. Управляващият орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 – 2020“ въз основа на проведен последващ контрол за законосъобразност на проведената процедура „публично състезание“ за

строителство с предмет на гореописаната обществена поръчка **наложил обща финансова корекция в размер на 5%** от стойността на засегнатите и признати за допустими за финансиране разходи по сключения Договор №68/29.08.2018 г. с изпълнител „Хидрострой“ АД на стойност 481 293,72 лева без ДДС.

24. В решението са обсъдени 2 групи нарушения на правилата за възлагане на обществените поръчки, квалифицирани като нередности, които Управляващият орган е приел за установени след обсъждане на възраженията на бенефициента-възложител.
25. Нарушение на член 70, алинея 7, точка 1 ЗОП – оценка на оферта, която не отговаря на техническите спецификации на възложителя, и на член 33, алинея 1 от Правилника за прилагане на ЗОП (ППЗОП), забраняващ пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите да се използва като показател за оценка на офертите.
26. Нарушение на член 54, алинея 8 и алинея 9 ППЗОП – даване на неясни и заблуждаващи указания до единия от участниците, довели до незаконосъобразното му отстраняване. Прието е, че финансовото отражение на това нарушение се изразява във факта, че отстраненият участник би могъл да предложи по-ниско ценово предложение от това на избрания за изпълнител.
27. При определяне на корекцията за всяка от двете нередности са отчетени следните смекчаващи негативните последици от нарушенията обстоятелства: подадени са 3 броя оферти, което говори за задоволително ниво на конкуренция; прогнозна стойност на поръчката под праговете за задължително обявяване в Официален вестник на ЕС, т. е. липсва трансграничен ефект, което води до стесняване кръга от заинтересовани лица; критерият за възлагане е „оптимално съотношение цена/качество“, което не гарантира, че избраната на първо място оферта би била непременно тази с най-ниска цена.
28. Със Заповед от 02.10.2019 г. заместник-председателят на Сметната палата на Република България възложил на одитен екип да извърши одит за съответствие при управлението на публичните средства и общинските дейности на Община Луковит за периода от 01.01.2018 г до 30.06.2019 година.

29. Одитът е обхванал три области „Бюджет“, „Обществени поръчки“ и „Общинска собственост“, като проверката на място в Община Луковит продължила от 27.01.2020 г. до 29.01.2020 г., когато била изискана и пълната документация по процесната поръчка.
30. На 18.06.2020 г. одитор от екипа съставил Акт за установяване на административно нарушение срещу ЛВ за това, че на 05.04.2018 г., в Община Луковит, в качеството му на кмет и възложител на обществени поръчки по член 5, алинея 2, точка 9 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, обн. ДВ, бр. 13/2016 г., в сила от 15.04.2016 г.), с Решение № 118/05.04.2018 г. за откриване на процедура публично състезание за възлагане на процесната обществена поръчка с предмет одобрил обявлението за оповестяване откриването на процедурата и документацията за обществената поръчка, с които е **ограничил конкуренцията чрез включване на условие, което необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка**, с което нарушил член 2, алинея 2 ЗОП.
31. Обстоятелствата, на които се основава обвинението в извършване на административно нарушение, се базират на определените от възложителя критериите за подбор по отношение на техническите и професионални възможности на участниците, един от които е да разполагат с инженерно-технически състав, притежаващ необходимата професионална квалификация и опит, съответстващи на спецификата на поръчката, включващ като минимум: технически ръководител на обекта с професионална квалификация „Конструктор“ и/или „Строителен инженер“ (или аналогична специалност, в случаите, когато образователно-квалификационната степен е придобита в държава, в която няма съответната специалност) с минимален опит по специалността 3 години.
32. Съставителят на акта се е позовал на специалния закон - Закона за устройството на територията (ЗУТ), в чийто член 163а, алинея 4 е предвидено, че за технически ръководител от всички категории може да бъде назначавано лице строителен инженер, архитект или строителен техник, а съгласно член 163а, алинея 2 -технически правоспособни 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“.

- 33.** Въз основа на специалния закон одиторът е приел, че формулираното изискване към участниците, а именно да разполагат с технически ръководител на обекта с професионална квалификация „Конструктор“ и/или „Строителен инженер“, не съответства на специалния закон - член 163а, алинея 2 ЗУТ, който предвижда възможността техническият ръководител да бъде лице със средно образование, придобило съответната професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“, както и с висше образование по специалностите „строителен инженер“, „инженер“ или „архитект“.
- 34.** Решаващите мотиви на одитора се базират на извода, че стесняването на кръга чрез изискванията на възложителя към лицата, които могат да заемат длъжността „технически ръководител“, води до ограничаване на възможността в състава си потенциалните участници да имат технически правоспособно лице с друга квалификационна степен, имаща отношение към строителния процес, с изискуемия специфичен опит и отговарящо на изискванията на ЗУТ. Това изискване има ограничителен ефект върху потенциалните участници в процедурата и е довело до възпрепятстване на тези потенциални участници, които въпреки че разполагат с квалифицирани, съобразно нормативните изисквания лица за длъжността „технически ръководител“, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.
- 35.** В акта е посочено, че преценката какви критерии за подбор да постави, е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя, но същата е ограничена, доколкото 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. Обсъдено е, че няма отстранени участници поради това, че не отговарят на поставеното условие от възложителя.

36. Прието е, че деянието е **извършено виновно**, тъй като кметът на Община Луковит, в качеството му на възложител на обществени поръчки, съгласно член 5, алинея 2, точка 9 ЗОП, е следвало да **положи необходимите усилия**, за да съобрази поведението си с императивните разпоредби на ЗОП, като приложи законовите изисквания при определянето на минималните изисквания към техническите и професионалните възможности, на които трябва да отговарят участниците в процедурата.
37. В рамките на законния 3-дневен срок посоченият за нарушител подал Възражение срещу акта, настоявайки, че въведените критерии за подбор по отношение на техническите и професионални възможности на участниците изцяло съответстват на естеството и характера на възлаганите с поръчката строителни работи. Въведено е твърдение, че изискванията към експертния състав на изпълнителя са определени от Оперативната програма, чрез която е осигурено финансирането на проекта, като е изтъкнато, че при последващия контрол на УО на ОПОС след провеждане на обществената поръчка не са открити нарушения на въведените с член 2, алинея 2 ЗОП правила за свобода на конкуренцията.
38. С възражението е застъпена защитната теза, че поставеното изискване е съобразено с характера, естеството и сложността на строителния обект - укрепване на свлачище, като възложителят в рамките на своята оперативна самостоятелност и пряко отговарящ за точното, качествено и своевременно изпълнение на възлаганите дейности, е определил конкретни изисквания, кореспондиращи със спецификата на предвидените за изпълнение строителни работи и тяхната инженерна сложност.
39. Изтъкнато е и друго защитно възражение, че след обявяване на решението за откриване на обществената поръчка с утвърдените условия за участие не са постъпвали запитвания от заинтересовани лица, нито са подавани жалби срещу решението и утвърдените с него условия, от което прави извод, че няма засягане на конкуренцията.
40. Наказващият орган не е възприел защитните възражения и въз основа на Акта за установяване на административно нарушение, председателят на Сметната

палата на Република България издал обжалваното в главното производство Наказателно постановление № ЗОП-32/16.12.2020 г., в което е възприел всички констатации и изводи за нарушение на член 2, алинея 2, във връзка с член 59, алинея 2 ЗОП, като на основание член 260, алинея 2 ЗОП наложил на LB глоба в размер на 10 000 лева (равняващи се на 5 113 евро или малко над 16 минимални работни заплати за страната към 2020 година).

41. Срещу горното Наказателно постановление е подадена жалбата, по повод на която е образувано главното производство пред националния съд. В жалбата са изложени аргументите от възражението, описано в т. 37 – 39, както и допълнителни такива, че член 59 ЗОП не ограничава оперативната самостоятелност на възложителите стриктно да възприемат минималните критерии за правоспособност, поставени от специалния закон – ЗУТ. Позовава се на предмета на обществената поръчка, описан в обявлението, за да защити тезата си, че се касае за специфичен предмет – строителни дейности по укрепване на свлачище, които са с висока степен на инженерна и техническа сложност, произтичащи от самия вид на строежа, представляващ строеж от първа категория според специалния закон – член 137, алинея 1, точка 1, буква „ж“ ЗУТ и Наредба №1 от 2003 г. за номенклатурата на видовете строежи.
42. В съдебна фаза по повод твърденията на жалбоподателя е изисквана справка от Камарата на строителите в България. В отговор е посочено, че в Централния професионален регистър на строителя към датата на обявлението – 05.04.2018 г., са били вписани 391 строители с право да изпълняват строежи от Четвърта група, Първа категория. Цитирани са изискванията към професионалната квалификация на персонала на тези строители – да разполагат с поне едно лице с професионална квалификация „Строителен инженер“ със специалност „Хидротехническо строителство“ или „Водоснабдяване и канализации“ или с професионална квалификация „архитект“ със специалност „Ландшафтна архитектура“.

ОТНОСИМИ ПРАВНИ НОРМИ

Правото на Европейския съюз

43. Регламент (ЕО, Евратом) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 година

относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности

ДЯЛ II Административни мерки и санкции

Член 4

1. Общото правило е, че всяка нередност включва отнемане на незаконно придобитата облага:

- посредством задължението да се плати или възстанови размерът на сумата, която се дължи или е придобита незаконно

- посредством частичното или пълното усвояване на обезпечението, което е предоставено в подкрепа на искането за авансово плащане или по времето на получаването на облагата.

2. Прилагането на мерките по смисъла на параграф 1 се ограничава до отнемането на получената облага плюс — където това е предвидено — лихвите, които се определят въз основа на фиксиран лихвен процент.

3. Действия, предприети с цел придобиване на облага, насочени против целите на приложимото право на Общността, в случая посредством изкуственото създаване на условията, които се изискват за получаването на такава облага, ще имат за резултат, в зависимост от случая, или невъзможността за получаването на облагата, или нейното отнемане.

4. Мерките, предвидени в настоящия член, не се разглеждат като санкции.

Член 5

1. Преднамерено извършените или причинените по небрежност нередности могат да доведат до следните административни санкции:

а) заплащане на административна глоба;

б) заплащане на сума, по-голяма от незаконно придобитата или избегнатата, плюс лихва, когато това е възможно; тази допълнителна сума се определя в съответствие с процентното отношение, което се урежда от особените правила, и не може да надхвърля нивото, което е строго необходимо, за да представлява възпиращо средство;

в)частичното или пълното премахване на облагата, отпусната по правилата на Общността, дори ако операторът се е възползвал само от част от облагата.

г)изключване от или оттегляне на облагата за периода, следващ нередността;

д)временно оттегляне на необходимото одобрение или признание за участие в схема на подпомагане на Общността;

е)загуба на обезпечението или на депозита, учредени с оглед съобразяването с правилата или възстановяване на обезпечението, което е било освободено по грешка;

ж)други санкции от чисто имуществен характер, еквивалентни по характер и обхват, предвиден в секторните правила, приети от Съвета в светлината на особените изисквания на въпросните сектори и в съответствие с осъществяването на правомощията, предоставени на Комисията от Съвета.

2. Без да се засягат разпоредбите, предвидени от секторните правила, съществуващи към момента на влизането в сила на този регламент, другите нередности могат да бъдат санкционирани само посредством тези санкции, които не са еквивалентни на наказателно-правните, предвидени в параграф 1, при условие че тези санкции са особено важни за гарантиране на правилното прилагане на правилата.

(...)

Член 6

1. Без да се засягат административните мерки и санкции на Общността, приети въз основа на секторните правила, съществуващи към момента на влизането в сила на настоящия регламент, налагането на имуществени санкции като административни глоби може да се отложи по силата на решение на компетентните власти, ако е образувано наказателно производство срещу въпросното лице във връзка със същите факти. Спирането на административното производство спира давностния срок, предвиден в член 3.

2. Ако наказателното производство не продължи, спряното административно производство се възобновява.

3. Ако наказателното производство завърши, спряното административно производство се подновява, освен ако това не противоречи на общите правни принципи.

4. Когато административното производство се възобнови, административният орган следи за налагането на санкция, която е най-малкото еквивалентна на предвидената от Общностните правила, което може да отчита всяка санкция, наложена от съдебната власт на същото лице по отношение на същите факти.

5. Параграфи 1 до 4 не се прилагат към имуществените санкции, които представляват неразделна част от системите за финансово подпомагане и може да се приложи независимо от каквото и да е наказателни санкции, ако и доколкото то не е еквивалентно на тези санкции.

Член 7

Административните мерки и санкции на Общността могат да се налагат на икономическите оператори, посочени в член 1, а именно физическите и юридическите лица и другите предприятия, на които националното законодателство признава статута на юридическо лице, които са извършили нередността е. Те също могат да се налагат на лицата, които са взели участие в нередността, и на тези, които са задължени да поемат отговорността за деянието или да гарантират, че тя няма да бъде извършена.

44. Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета (Регламент 1303/2013)

Съображение 43

С цел да се осигурят пропорционални механизми за контрол и да се запази добавената стойност на финансовите инструменти, крайните получатели, към които е насочено финансирането, следва да не се обременяват с прекалена административна тежест. Органите, отговарящи за одита на програмите, следва първо да извършват одити на равнището на управляващите органи и на организациите, изпълняващи финансовите инструменти, включително фондове на фондове. При все това може да има специфични обстоятелства, при които документите, необходими за извършването на такива одити, не са налични на равнището на управляващите органи или на равнището на организациите, изпълняващи финансовите инструменти, или обстоятелства, при които тези документи не представляват верни и точни записи за предоставената подкрепа. Следователно в такива специфични случаи не е необходимо да се предвиждат някои разпоредби, за да се даде възможност и за одити на равнището на крайните получатели.

Съображение 122 (...) С цел да бъде намалена административната тежест за бенефициерите следва да се въведат специални правила за намаляване на опасността от припокриване на одитите на едни и същи операции от страна на различни институции, а именно от Сметната палата, Комисията и одитния орган.

Член 2, т. 36 съдържа определение на „*нередност*“ - всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Член 4 въвежда общите принципи, един от които е уреден в параграф 10. Комисията и държавите-членки изпълняват съответните си роли по отношение на европейските структурни и инвестиционни фондове с цел да намалят административната тежест за бенефициерите.

45. Регламент (ЕС) № 1293/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2013 година за създаване на Програма за околната среда и действията по климата (LIFE) и за отмяна на Регламент (ЕО) № 614/2007 текст от значение за ЕИП

Член 28 Защита на финансовите интереси на Съюза

1. Комисията предприема необходимите мерки, за да гарантира, че когато се изпълняват дейности, финансирани по настоящия регламент, финансовите интереси на Съюза са защитени чрез прилагането на превантивни мерки срещу измама, корупция и всяка друга форма на незаконна дейност, чрез ефективни проверки и, при установени нередности, чрез възстановяване на неоснователно платени суми и, когато е уместно, чрез ефективни, пропорционални и възпиращи административни и финансови санкции.

(...)

46. Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО текст от значение за ЕИП (Директива 2014/24/ЕС)

Член 18, „Принципи на обществените поръчки“, гласи следното в параграф 1:

„Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

Обществените поръчки не трябва да се подготвят с цел изключването им от обхвата на настоящата директива или изкуствено ограничаване на конкуренцията. Приема се, че има изкуствено ограничаване на конкуренцията, когато обществената поръчка е подготвена с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение“.

В член 58 са уредени правилата при определяне на „Критериите за подбор“, които съгласно параграф 1 могат да се отнасят до:

- а) годността за упражняване на професионалната дейност;
- б) икономическото и финансовото състояние;

в) техническите и професионалните способности.

Възлагащите органи могат да налагат на икономическите оператори като изисквания за участие само критериите, посочени в параграфи 2, 3 и 4. Възлагащите органи ограничават изискванията само до тези, които са необходими, за да се гарантира, че кандидат или оферент има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Всички изисквания трябва да са пропорционални на предмета на поръчката и да са свързани с него.

(...)

Параграф 4. По отношение на техническите и професионалните способности възлагащите органи могат да налагат изисквания, с които да се гарантира, че икономическите оператори притежават необходимите човешки и технически ресурси и опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество.

Възлагащите органи могат по-специално да изискват икономическите оператори да притежават достатъчен опит, удостоверен чрез подходящи свидетелства за изпълнени в миналото поръчки. Възлагащият орган може да приеме, че икономическият оператор не притежава необходимите професионални способности, когато е установил, че икономическият оператор има конфликт на интереси, който може да се отрази неблагоприятно на изпълнението на поръчката.

При процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки, изискващи проучване на терена или инсталиране, за услуги или за строителство, професионалните способности на икономическите оператори да предоставят услугата или да изпълнят инсталирането или строежа могат да бъдат оценявани по отношение на техните умения, ефективност, опит и надеждност.

(...)

Българското право

47. ЗАКОН ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ, в сила от 15.04.2016 г.

В член 1, алинея 1 е регламентиран предмета и целта на закона - определя условията и реда за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки или услуги и за провеждане на конкурси за проект от възложители с цел осигуряване на ефективност при разходването на:

1. публичните средства;
 2. средствата, предоставяни от европейските фондове и програми;
- (...)

В член 2, алинея 2 е регламентирана принципната забрана, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Член 59, алинея 1 предвижда, че Възложителят може да определи по отношение на кандидатите или участниците критерии за подбор, които се отнасят до:

1. годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност;
2. икономическото и финансовото състояние;
3. техническите и професионалните способности.

Според Алинея 2 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.

Глава тридесет и първа на ЗОП е озаглавена Контрол.

В *Раздел I* е регламентиран външния контрол, осъществяван от Агенцията по обществени поръчки, който е предварителен и текущ.

В *Раздел II* е предвиден Последващ външен контрол, осъществяван от Сметната палата и Агенцията за държавна финансова инспекция.

В *Раздел III* на ЗОП – член 243 е предвидено, че и други органи в рамките на своите правомощия, могат да извършават предварителен, текущ и последващ контрол върху обществените поръчки на възложителите.

В *Раздел V*, озаглавен Координиране на контролните практики, член 246. (Изм. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г.) предвижда създаване на постояннодействащ експертен съвет за сътрудничество с участието на представители на Сметната палата, Агенцията по обществени поръчки и Агенцията за държавна финансова инспекция, който да приема насоки за прилагане на закона във връзка с контролната дейност на институциите.

Част осма на ЗОП съдържа Административнонаказателни разпоредби

Член 247, алинея 1 (Изм. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г.) предвижда за възложител, който наруши забраната на чл. 2, ал. 2 (...), да се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лв.

Съгласно член 260, алинея 1 Актовете за установяване на нарушения по този закон, констатирани от органи на Сметната палата, се съставят от оправомощени одитори в срок 6 месеца от деня, в който нарушителят е открит, но не по-късно от три години от извършване на нарушението, а съгласно алинея 2, наказателните постановления се издават от председателя на Сметната палата или от оправомощени от него длъжностни лица.

Параграф 3 от Допълнителните разпоредби на ЗОП изрично въвежда изискванията на:

1. Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 г. за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ, L 94/65 от 28 март 2014 г.)

(...)

48. ЗАКОН ЗА УПРАВЛЕНИЕ НА СРЕДСТВАТА ОТ ЕВРОПЕЙСКИТЕ СТРУКТЕРНИ И ИНВЕСТИЦИОННИ ФОНДОВЕ, обнародван на 22.12.2015 г.

Глава четвърта е озаглавена Специални правила за определяне на изпълнител от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ

Член 49, алинея 2 във връзка с алинея 1 е предвидено, че Бенефициентите на безвъзмездна финансова помощ определят изпълнител за дейностите по строителство - обект на обществена поръчка по смисъла на Закона за обществените поръчки, се прилагат правилата, предвидени в Закона за обществените поръчки, когато имат и качеството на възложители.

В *член 70, алинея 1* са уредени основанията, на които финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция. В точка 9 е предвидена възможност за финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

В *член 72* са уредени правилата за определяне размера на финансовите корекции, като в алинея 1 е въведен принципът се отчитат естеството и сериозността на допуснатото нарушение на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство и финансовото му отражение върху средствата от ЕСИФ.

Алинея 2 предвижда, че Размерът на финансовата корекция трябва да е равен на реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства - допустими разходи.

В *Алинея 3* са уредени случаите, при които поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция. В тези случаи се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи (...)

В Алинея 4 е въведен принцип на кумулиране на корекциите при повече от една нередност чл. 70, ал. 1, т. 9 (нарушения при определяне на изпълнител), като в тези случаи е предвидено да се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1.
(...)

49. ЗАКОН ЗА УСТРОЙСТВО НА ТЕРИТОРИЯТА, редакция от 09.03.2018 г.

Член 163а, алинея 1 Строителят е длъжен да назначи по трудов договор технически правоспособни лица, които да извършват техническо ръководство на строежите.

Алинея 2 Технически правоспособни 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".
(...)

Алинея 4 Техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнение на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т. 1 - 5, а за строежите от пета категория - и отговорностите по чл. 168, ал. 1 и по чл. 169б, ал. 1. Други технически правоспособни лица по ал. 2 могат да осъществяват специализирано техническо ръководство на отделни строителни и монтажни работи съобразно придобитата им специалност и образователно-квалификационна степен.
(...)

Член 137, алинея 1 В зависимост от характеристиките, значимостта, сложността и рисковете при експлоатацията строежите се категоризират, както следва: 1. първа категория: (...) ж) съоръжения за геозащита и брегоукрепване по реките и морския бряг; (...)

50. ЗАКОН ЗА СМЕТНАТА ПАЛАТА, обнародван на 13.02.2015 г.

Съгласно член 6, алинея 2, точка 4 Сметната палата одитира, наред с другото, сметките за средствата от Европейския съюз и по други международни програми и договори по чл. 8, ал. 2 и 4 от Закона за публичните финанси, включително управлението им от съответните органи и крайните ползватели на средствата.

51. ЗАКОН ЗА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ НАРУШЕНИЯ И НАКАЗАНИЯ,
редакция от 14.02.2020 г.

Член 28 предвижда, че за маловажни случаи на административни нарушения наказващият орган може: а) да не наложи наказание, като предупреди нарушителя, устно или писмено, че при повторно извършване на нарушение ще му бъде наложено административно наказание;

Мотиви на запитването

52. Запитващата юрисдикция приема, че спорното административнонаказателно правоотношение между жалбоподателя и Сметната палата на Република България попада в приложното поле на правото на Европейския съюз, защото наложената административна санкция е за нарушение на правилата на обществените поръчки от възложител, на когото е била предоставена безвъзмездна финансова помощ от бюджета на Европейския съюз по програма „Околна среда 2014-2020“

53. Оплакванията на жалбоподателя и служебно повдигнатите от запитващия съд правни въпроси са свързани с прилагане на материалноправна норма от Директива 2014/14/ЕС, регулираща правилата за подбор при провеждане на

обществена поръчка за строителство и спазването на принципите за правна сигурност и пропорционалност в областта на управление на средства от бюджета на ЕС.

- 54.** За решаващия съд не е ясно дали член чл. 58, параграф 4 от Директива 2014/24/ЕС допуска изискванията към професионалните способности на персонала на икономическите оператори за изпълнение на специфична поръчка с предмет строителство, да бъдат и по-стриктни от минималните изисквания за образование и професионална квалификация, поставени от специалния национален закон или същите а priori следва да се приемат за ограничителни за конкуренцията.
- 55.** От отговора на този въпрос зависи дали преценката на съда следва да се ограничи до това какви критерии е определил възложителят на обществената поръчка и дали същите са по-ограничени от изискването на Закона за устройство на територията спрямо професионалните способности на техническия ръководител, или преценката на съда следва да се разпрости и отвъд това. В конкретния случай като се извърши преценка, включително и на базата на нови доказателства, дали тези стеснени и завишени изисквания към техническия ръководител, поставени с критериите за подбор, съответстват на предмета, обема и сложността на поръчката – строителство със специфичен предмет – укрепване на свлачище, която дейност е строеж с най-висока степен на сложност, според ЗУТ. Становището на страните по този въпрос е противоположно.
- 56.** Жалбоподателят застъпва тезата, че в процедурите по възлагане на обществени поръчки могат да бъдат заложиени условия, чрез които да се защитават интересите на възложителя, да се гарантират и обезпечават ефективност при разходването на публични средства, като критериите за подбор следва да бъдат ограничени единствено от две кумулативни условия 1.) критериите да бъдат пропорционални спрямо предмета на поръчката и 2.) това да не води до неравнопоставеност или до неоправдано ограничение потенциалните участници.

- 57.** Въз основа на горното разбиране поддържа защитната си теза, че член 163а, алинея 4 ЗУТ установява изискванията към „техническият ръководител” на обекта общо за всички категории строеж – от тези, с най-ниска степен на сложност, до такива от категорията на процесния строеж – с най-висока инженерна и техническа сложност, което обосновава въвеждането на по-стриктни от минималните изисквания за образование и професионална квалификация, без същите да бъдат ограничителни за конкуренцията.
- 58.** Наказващият орган – Сметната палата на Република България, застъпва обратното разбиране, че щом специалният закон определя компетентността на лицата, които могат да заемат длъжността технически ръководител, стесняването на техния кръг води до ограничаване на възможността в състава си потенциалните участници да имат технически правоспособно лице с друга квалификационна степен, имаща отношение към строителния процес, с изискуемия специфичен опит.
- 59.** Следващите въпроси, които възникват пред запитващия съд, са свързани с тълкуване на общите финансови правила, защитаващи бюджета на Съюза и ефективността на европейските структурни и инвестиционни фондове, които са относими към казуса, тъй като финансирането на строителството по процесната поръчка е изцяло чрез безвъзмездна финансова помощ (БФП) от бюджета на Съюза, отпусната по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“.
- 60.** Тълкуването на финансовите правила е необходимо с оглед защитното възражение на жалбоподателя, че различни държавни органи, които имат компетентност да следят за спазване на правилата на ЗОП, правят различна оценка за законосъобразност на едни и същи обстоятелства – обявените от жалбоподателя критериите за подбор. Преценката на това обстоятелство съдът намира, че следва да се извърши чрез претегляне между принципите на защита на свободната конкуренция, от една страна, и опасността от правна несигурност пред бенефициерите, която, от друга страна, би могла да има възпиращ ефект върху икономическата им активност.
- 61.** Мотивираният отговор на горните възражения изисква от националния съд да извърши преценка за това необходимо ли е различните административни

органи да координират проверките и изводите си, а така също и да се оценят конкретните фактически обстоятелства по случая в светлината на принципите за пропорционалност и ефективност на предвидената в закона и наложена административна санкция – глоба.

- 62.** На национално ниво, в рамките на финансовата система на Република България, в процеса по споделено управление на средствата от ЕСИФ, участват Управляващ орган (УО), Сертифициращ орган (СО), Одитен орган (ОО), Европейската комисия (ЕК), Европейска сметна палата (ЕСМП), включително и органите, които упражняват финансов контрол и одит - Сметна палата (СП), Агенция за държавна финансова инспекция (АДФИ), Дирекция „Защита на финансовите интереси на Европейския съюз“ (АФКОС) в Министерство на вътрешните работи, др.).
- 63.** Управляващ орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ е Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите, Сертифициращ орган е Дирекция „Национален фонд“ в Министерство на финансите, а Одитен орган - Изпълнителна агенция „Одит на средствата от ЕС“ към министъра на финансите
- 64.** В тази връзка за запитвания съд остава съмнение как следва да се тълкуват нормите от правото на Съюза относно единните проверки, административните мерки и санкции, преследващи основната цел да защитят бюджета, включително приложимостта на общите принципи за правна сигурност, ефективност и пропорционалност спрямо мерките, въведени в изпълнение на тези норми.
- 65.** В конкретния казус единият от значимите въпроси е, до каква степен различните контролни органи, включително тези по ЗУСЕСИФ – УО, СО, ОО, и Сметната палата на Република България, трябва да координират становищата си относно законосъобразност на процедурите по обществени поръчки и каква е правната последица, ако липсва подобно координиране.
- 66.** Съмнението на настоящия съд за значението и последиците от неспазване на изискването за координиране се поставя през извършването на оценка за това, дали контролът на различните органи върху спазване на принципа на

свободната конкуренция, няма опасност да засегне по друг начин интересите на Съюза. Повод за това съмнение са констатациите в Споразумението за партньорство на Република България, съгласно член 16 от Регламент 1303/2013 г., в което е определена и организацията на държавата за ефективното и ефикасно използване на ЕСИФ за периода 2014-2020 г. Споразумението е прието от Министерски съвет с Решение №532/21.07.2014 г., одобрено от Европейската комисия с Решение С(2014) 5582 от 07.08.2014 г.,

- 67.** Раздел II, точка 2.6 от Споразумението, е озаглавен „Намаляване на административната тежест“. При общия преглед и оценка на административната тежест за предходния период 2007-2013 г., е отбелязано, че „Един от факторите, формиращи сериозна административна тежест, е големият брой на приложимите нормативни актове и разпоредби. Честите промени в тях, както и в указанията и процедурите за изпълнение на програмите, водят до липсата на предсказуемост и стабилност, както и до значителни затруднения и нерядко до непосилни за прилагане от бенефициентите (...) Същевременно, прилагането от страна на бенефициентите на правилата за възлагане за изпълнение на проектни дейности допълнително утежнява и забавя процеса на изпълнение на проектите поради процедурите по предварителен/последващ контрол на тръжните документации, които в допълнение не създават гаранции за бенефициента, че впоследствие няма да му бъдат наложени финансови корекции за нарушения в същите процедури. (...) Тежката нормативна база е една от причините за отказ на кандидат-бенефициенти от подаване на проектни предложения, както и за прекратяване на договорите за БФП.“
- 68.** Сред планираните мерки е изтъкната „Общата визия за намаляване на административната тежест в рамките на цялостния процес, свързан с координацията, управлението, изпълнението, разплащането, мониторинга и контрола на средствата от ЕС, е за създаване на стабилна и предсказуема среда за изпълнение на програмите, съфинансирани от ЕСИФ“
- 69.** Отделни действия са планирани за ограничаване на административната тежест при процедурите за избор на изпълнители по проектите, сред които и „ясна регламентация на избора на изпълнител, която изключва възможността за

нейното по-рестриктивно интерпретиране от страна на УО и контролни органи. Правилата следва да бъдат прилагани така както са регламентирани, без да бъдат утежнявани с допълнителни изисквания.“

- 70.** В частта относно ограничаване на прекомерната административна тежест на етапа на контрол се предвиждат редица марки, сред които и „координиране на становищата на отделните контролни органи с оглед избягване на разнопосочни становища по законосъобразността на дадени процедури/извършени разходи и други;“
- 71.** В доклада за напредъка от 2017 г. по член 52, параграф 2 (в) от същия регламент, държавата посочва като изпълнени предварителни условия G4, следните действия „Въвеждане на мерки за засилване на системите за управление и контрол на европейските фондове, вкл. ефективно сътрудничество с цел гарантиране на съгласуваност между действията при предварителния и последващия контрол“ и „Преразглеждане и актуализиране на съществуващите системи за разпространение и обмен на информация между персонала от Управляващите органи и бенефициентите и останалите заинтересовани страни по отношение правилата за обществените поръчки с оглед установяване на единна практика.“, като отговорни органи и за двете действия са посочени: Управляващите органи по програмите, Централното координационно звено, Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“, Агенция по обществени поръчки, Сметна палата, Агенция за държавна финансова инспекция.
- 72.** Пълните текстове на Споразумението за партньорство и на Доклада за напредъка от 2017 г. са достъпни на официалния сайт Единния информационен портал за Структурните фондове и Кохезионния фонд в България <https://www.eufunds.bg/archive2018/index.php/bg/programen-period-2014-2020/sporazumenie-za-partnyoorstvo>
- 73.** Необходимостта от унифициране на практиката и координиране на дейностите на отделните национални органи, включително УО и Сметната палата, е отразена в одобрената от Европейската комисия национална Програма „Околна среда 2014-2020“.

74. Относно предварителното условие G.4 – „Наличие на уредба за ефективното прилагане на законодателството на Съюза за обществените поръчки в областта“ е предвиден критерий „Уредба за ефективното прилагане на правилата на Съюза за обществените поръчки посредством подходящи механизми“. В обясненията е посочено, че „Мерките ще се засилят допълнително. Стратегията предвижда нов ЗОП; предлага мерки за използване на единна практика от АОП, УО на ОП, Сметната палата, АДФИ, КЗК и ВАС и координация на техните дейности; съдържа мерки за разширяване обхвата на предварителния контрол от АОП за ефективно сътрудничество между наблюдаващите органи с цел стандартизиране на практиките и оптимизиране на последващия контрол. Предвидени са мерки за повишаване ефективността на правната защита.“
75. Пълния текст на Оперативна програма „Околна среда 2014 – 2020 г.“, одобрена с решение на Европейската комисия на 15 юни 2015 г., е достъпен на официалния сайт на програмата, а цитираните условия, критерии и цели – в таблицата на стр. 149-150
- http://ope.moew.government.bg/files/useruploads/files/ope_2014_-_2020_bg_odobrena_na_15_yuni.pdf
76. Запитващият съд съобрази, че цитираните по-горе документи имат характер на soft law, доколкото обаче същите са приети в съответствие с изискванията на регламентите, то те не са лишени от правно действие и следва да бъдат взети предвид, тъй като осветляват тълкуването и значението на други норми от националното право и от правото на Съюза (вж. в този смисъл Решение от 13 декември 1989 г. на СЕС по дело C-322/88, Grimaldi, т.8 и т.18 и Решение от 2 април 2009 г. на СЕС по дело C-415/07).
77. В теорията също е застъпено становището, че „е наложително да бъде въведен модел за координация на дейността на всички контролни държавни органи в България, участващи в контрола върху управлението на публичните средства от ЕС и националните публични средства, доколкото в крайна сметка става въпрос за единна система на публичните финанси. При уеднаквяване на техните практики и становища ще се постигне по-голяма правна сигурност и защита на интересите на контролираните лица, националния бюджет и бюджета на ЕС.

Наложително е унифицирането на практиките на органите на УО/МЗ на ОП, на ОО, Смп, АДВФК и МВР (АФКОС) по отношение на контрола спрямо бенефициерите, както е предвидено и в споразумението за партньорство.“
Подробно по този въпрос **Михайлова-Големинова, С.** Финансови правни отношения в системата на публичните средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, Сиела Норма АД, 2017, ISBN: 978-954-28-2394-0 (стр. 148-149), достъпно на https://www.researchgate.net/publication/339617953_Finansovi_pravni_otnosenia_v_sistemata_na_publicnite_sredstva_ot_evropejskite_strukturni_i_investicionni_fondove

- 78.** Въпреки горното, Сметната палата на Република България по повод предоставената от националния съд възможност да изрази становище по защитното възражение и приложението на член 8 от Регламент 2988/95 в конкретния случай, застъпва правното виждане, че Сметната палата на Република България и Управляващият орган на ОПОС са независими един от друг контролни органи, които правят независима и обективна оценка на установени факти и обстоятелства, като се основават на собствената си професионална преценка и упражняват контролните си функции по ЗОП независими един от друг.
- 79.** Развива тезата си, като разяснява, че Сметната палата е орган за външен одит на бюджета и други публични средства и дейности, с основна задача да контролира надеждността и достоверността на финансовите отчети на бюджетните организации, законосъобразното, ефективно, ефикасно и икономично управление на публичните средства и дейности, и осъществява последващ външен контрол за законосъобразност в областта на обществените поръчки. Основна цел на този контрол е да установи дали поведението на възложителите на обществено поръчки съответства на законовите изисквания и дали принципите, заложи в член 2 от ЗОП са спазени, като възможна последица е търсенето на административнонаказателна отговорност от възложителите или от определени от тях длъжностни лица.

- 80.** От това прави извод, че УО на ОПОС и органите на Сметната палата са с различни компетентности - при установени нарушения на ЗОП, съставляващи нередност, УО определя и налага финансови корекции единствено на юридически лица – бенефициенти, а Сметната палата може да налага административни санкции на виновните физически лица.
- 81.** В обратния смисъл е защитната теза на жалбоподателя, който изтъква, че в националното законодателство не е уреден въпросът как следва да бъдат възприети от страна на контролния орган по ЗОП - Сметна палата, констатациите, направени от националния орган, охраняващ финансовите интереси на ЕС – в процесния случай това е УО на ОПОС, в хода на предшестваща проверка за законосъобразност на една и съща процедура по възлагане на обществена поръчка.
- 82.** Същевременно счита за недопустимо, с оглед постигане на целта по член 8, параграф 3 от Регламент 2988/95 и предвид принципа за правна сигурност, различни контролни органи да извършват проверки на едни и същи обстоятелства и да достигат до различни изводи за наличието или липсата на извършени нарушения при възлагане на обществени поръчки, без да държат сметка за установените факти и обстоятелства в хода на останалите административни производства.
- 83.** За запитващия съд в горния контекст се поставя и въпроса, какво е съотношението между последиците, предвидени в дял II на Регламент 2988/95 – административни мерки и санкции, и по-специално дали това са различни последици с оглед наличието или не на виновно поведение и степента на обществена опасност.
- 84.** За националния съд възниква колебанието, ако налагането на финансова корекция изисква установяване на нередност, съгласно легалното определение в съюзното право и трайната практика на СЕС, то следва ли при ангажиране на административнонаказателната отговорност на физическо лице за нарушение на правото на ЕС, също да се установят кумулативните обективни елементи на „нередност“, заедно с донълнителния субективен елемент - нарушението да е извършено „преднамерено или по непредпазливост“.

- 85.** Този въпрос, според националния съд, следва да бъде обсъден през принципите за пропорционалност и за ефективност, а именно дали същите допускат за непредпазливо нарушение на правото на Съюза, ограничаващо свободната конкуренция, да се наложи административнонаказателна санкция в размер на 10 000 лева (с равностойност 5 113 евро), равняващи се на 16 минимални работни заплати през 2020 година, без да се установи действителна или потенциална вреда за бюджета на Съюза.
- 86.** Доколкото естеството и тежестта на нарушението, както и свързаните с него финансови последици за бюджета на Съюза са посочени в редица текстове на Регламент №1303/13 при определяне на финансовите корекции и същите се съобразяват от органите по ЗУСЕСИФ, включително при мотивиране на наложената финансова корекция за процесната поръчка, за запитващия съд възниква въпроса дали същите обстоятелства следва да бъдат съобразени и при налагането на санкции, които би следвало да бъдат по-тежката последица за нарушения на съюзното право, в конкретния случай на правилата за възлагане на обществените поръчки.
- 87.** По тези въпрос становищата на спорещите страни са противоположни.
- 88.** Жалбоподателят на първо място анализира характера на финансовите корекции, представляващи административни мерки по смисъла на член 4 от Регламент № 2988/95, които представляват последица от установяването, че условията, необходими за получаване на облагата, произтичаща от съюзната правна уредба, не са спазени, като по този начин получената облага се оказва недължима (Решение на СЕС от 4 юни 2009 г. по дело C-158/08, т. 28; Решение от 14 септември 2014 г. по дело C-341/14, т. 45, Решение от 18 декември 2014 г по дело C- 599/13, т. 36, Решение от 26 май 2016 г по дело C-260/14 и C-261/14, т. 50).
- 89.** Въз основа на горното, според жалбоподателя, в производството по определяне на финансова корекция, административният орган следва да докаже наличието на всеки един елемент от фактическия състав на нередността, както следва: 1) нарушение на правото на Съюза; 2) действителната или потенциалната вреда за

общия бюджет на Съюз и 3) причинно-следствената връзка между твърдяното нарушение и вредата.

- 90.** Настоява, че потенциалната вреда следва да се докаже от административния орган, като същата не се презюмира поради наличието на установено нарушение на правото на Съюза. С оглед конкретния казус счита, че не всяко нарушение на ЗОП има или би могло да има негативен ефект върху бюджета на Съюза, както и че не всяко извършено нарушение на ЗОП при определяне критериите за възлагане и на оценка има като последица ограничаване на конкуренцията, като в тежест на административния орган е да ги докаже в съответствие с възприетите принципи на административното производство за истинност и служебно начало
- 91.** За разлика от член 4 от Регламент №2988/95, визиращ нередностите, за които следва да бъдат наложени финансови корекции, то член 5 от Регламента установя случаите, когато дадена нередност следва да бъде санкционирана допълнително и с административна санкции в случаите на *„преднамерено извършените или причинените по небрежност нередности“*.
- 92.** От анализа на горните норми, според тезата на жалбоподателя, при административните мерки и санкции се касае за различни по степен на обществена опасност нарушения, като в хода на производството по налагане на административното наказание административният орган следва да установи както предпоставките на конкретното нарушение като нередност, в това число и *„вредата за бюджета на ЕС“*, така също и степента на обществена опасност предполагаща приложението на член 5, ако счете, че е необходимо да бъде наложена административна санкция. Във всеки отделен случай следва да бъде изследван характерът и естеството на нарушението, както и вида и размера на вредите.
- 93.** Представителят на Сметната палата изразява становище, че съгласно легалното определение за „нередност“, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение, както и на предпоставките, които реално биха могли да засегнат бюджета на ЕС. В

действителност, нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент № 1303/2013 г., поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нарушението на правото на Съюза и в частност на принципите на свободна конкуренция, пропорционалност, публичност и прозрачност, недопускане на дискриминация, които обективно се явяват нарушени при включване на условия или изисквания, които необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка, винаги създават потенциална възможност за настъпване на вреда на бюджета на Съюза, съобразно определението за нередност.

- 94.** Тезата на наказващия орган се базира на разбирането, че се касае за формални нарушения на просто извършване, поради което настъпването на вредоносни последици не е елемент от осъществяване на фактическия им състав. С факта на установяването им законодателят презюмира настъпването на неблагоприятни за установения ред правни последици, достатъчно значими по презумпция на закона, за да подлежат на санкциониране с предвидената за това правна норма.
- 95.** Предвид изложеното счита, че не следва при налагането на административна санкция наказващият орган да докаже реалната вреда за бюджета на ЕС или предпоставките, които реално биха могли да засегнат бюджета на ЕС.
- 96.** Становището на наказващия орган и приложената санкционна норма поставят пред настоящия съд допълнителния въпрос дали редакцията на член 247, алинея 1 ЗОП „Възложител, който наруши забраната на чл. 2, ал. 2, чл. 11, ал. 5, чл. 16, чл. 21, ал. 14, 15 или 17, чл. 149, ал. 8 или чл. 150, ал. 4, се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лева“ отговаря на принципа за законоустановеност и пропорционалност, т.е. яснотата и конкретиката на нормата, включително при нужда чрез тълкуването ѝ от съдилищата, да е достатъчна, че правните субекти – възложители, да могат да предвидят за кои действия и бездействия се предвижда административнонаказателна отговорност, както и чие становище относно законосъобразност на провеждане на поръчката следва да съобразяват.

97. Запитващият съд също така съобрази, че би следвало с оглед горното, приложението на нормата да е лишено от всякакъв елемент на произволна преценка. Стандартът за законност изисква „всички закони да бъдат достатъчно точни, за да се избегне всякакъв риск от произвол и да се позволи на гражданите, ако е необходимо с подходящ съвет да предвидят – до разумна степен предвид обстоятелствата по делото – последиците, до които може да доведе дадено действие“.
98. В конкретния случай неяснотата относно това, следва ли при определяне от възложителя на критерии за подбор, приложими към професионалните изисквания на персонала, по-стриктни от минималните изисквания на специалния закон ЗУТ, да се приеме, че има нарушение на член 2, алинея 2 ЗОП, тоест, че е ограничена конкуренцията, се обосновава от противоположните становища на два от контролните органи – УО и Сметната палата.
99. Съответно, за съда възниква колебание дали начинът на определяне на глобата в закона отговаря на изискванията за пропорционалност, след като не се преценяват никакви други обстоятелства освен формалното нарушение и е определена само горна граница – 10 000 лева, а едновременно с това при налагане на административна мярка - финансова корекция, се съобразяват редица други обстоятелства, в случая УО при други нарушения на процедурата по възлагане на обществената поръчка, е отчетел броя на участниците, въз основа на което е приел, че нивото на конкуренция е задоволително, отчетел е и критериите за възлагане – цена/качество и други.
100. Запитващият съд отчете, че ЗУСЕСИФ предвижда критерии при определяне на финансовите корекции, включително принципът на кумулирането им.
101. Същият подход е налице и в Насоките за определяне на финансовите корекции, които трябва да се прилагат от Комисията спрямо разходите, финансирани от Съюза в рамките на споделеното управление, при неспазване на правилата относно обществените поръчки, одобрени от Европейската комисия с Решение от 19.12.2013 г. В насоките е изведено общото правило, че се вземат предвид **сериозността на нередността и принципа на**

пропорционалност, когато не е възможно да се направи точна количествена оценка на финансовите последици за въпросния договор. Сериозността на нередност, свързана с неспазване на правилата относно обществените поръчки, и свързаното с нея влияние върху бюджета на Съюза, се оценява като се отчитат следните фактори: равнище на конкуренция, прозрачност и равнопоставеност. В случаите, когато нередността има единствено формален характер **без каквото и да било действително или потенциално финансово въздействие, не се прилага корекция.**

- 102.** Ако Съдът на ЕС даде тълкуване, че административните мерки и санкции, предвидени в общия Регламент 2988/95, представляват различни последици при нарушения на правото на Съюза или на национални норми, охраняващи финансовите интереси на ЕС, то би се поставил основателният въпрос дали по-тежката последица – административна санкция, може да се налага, както е в относимото национално право, без да се изследват горните критерии за сериозност на нередността и нейното финансово отражение за бюджета.
- 103.** Запитващият съд съобрази също така, че в Директива 2014/24/ЕС няма предвидено хармонизиране на санкциите, приложими при неспазване на правилата за обществените поръчки, което означава, че държавите членки са компетентни да изберат санкциите, които според тях са подходящи. Въпреки това обаче, според практиката на Съда на ЕС тази компетентност следва да бъде упражнена при спазване на правото на Съюза и на неговите общи принципи, а следователно и при спазване на принципа на пропорционалността (вж. Решение от 19 юли 2012 г. по дело *Rēdlihs*, C-263/11, точка 44 и цитираните в него Решение от 21 септември 1989 г. по дело Комисия/Гърция, 68/88, *Recueil*, точка 23, Решение от 16 декември 1992 г. по дело Комисия/Гърция, C-210/91, *Recueil*, точка 19 и Решение от 26 октомври 1995 г. по дело *Siesse*, C-36/94, *Recueil*, стр. I-3573, точка 21).
- 104.** Отговорът на поставените тълкувателни въпроси ще рефлектира върху това кои обстоятелства следва да бъдат съобразени от националния съд, с оглед осигуряване на ефективна съдебна защита, както и обсъждане на

приложимостта на общата норма при административното наказване – член 28 ЗАНН, предвиждащ за маловажни случаи да не се налага наказание.

105. При гореизложените съображения за запитващия съд правилното решаване на спора, повдигнат с жалбата на LB срещу наказателно постановление, издадено от председателя на Сметната палата на Република България, изискват отговор на няколко въпроса, свързани с тълкуване на съюзни правни норми и принципи, затова Районен съд Луковит

ОПРЕДЕЛИ:

ОТПРАВЯ ПРЕЮДИЦИАЛНО ЗАПИТВАНЕ ДО СЪДА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ на основание чл. 267, ал. 2 ДФЕС със следните въпроси:

1. Следва ли чл. 58, параграф 4 от Директива 2014/24/ЕС да се тълкува в смисъл, че налаганите с критериите за подбор изисквания към професионалните способности на персонала на икономическите оператори за изпълнение на специфична поръчка с предмет строителство, могат да бъдат по-стриктни от минималните изисквания за образование и професионална квалификация, поставени от специалния национален закон (чл. 163а, ал. 4 ЗУТ), без същите *a priori* да бъдат ограничителни за конкуренцията, и по-специално, предвиденото условие за „пропорционалност“ на поставените изисквания за участие спрямо предмета на поръчката, изисква ли от националния съд а.) да направи такава оценка за пропорционалност, въз основа на събраните от него доказателства и на конкретните параметри на поръчката, дори в случаите, когато националният закон определя широк кръг от професионалисти, които по принцип имат квалификация да извършват дейностите по поръчката или б.) допуска ограничаване на съдебния контрол само до границите да бъде установено дали изискванията за участие са твърде стеснени, спрямо съществуващите по принцип в специалния национален закон?
2. Следва ли правилата на дял II „Административни мерки и санкции“ на Регламент

№2988/95 да се тълкуват в смисъл, че за едни и същи нарушения на Закона за обществените поръчки, транспониращ Директива 2014/24/ЕС (включително за нарушение при определяне на критериите за подбор, за което е санкциониран жалбоподателя) може да се породят различни последици с оглед на това, дали се касае за безвиновно действие или за преднамерено извършено или причинено по небрежност нарушение?

3. Принципите на правна сигурност и на ефективност, с оглед целта на член 8, параграф 3 от Регламент 2988/95 и съображения 43 и 122 на Регламент 1303/13, допускат ли различните национални органи, охраняващи финансовите интереси на ЕС, да оценяват едни и същи обстоятелства при възлагане на обществена поръчка по различен начин, а именно Управляващият орган на оперативната програма не установява нарушение при определяне на критериите за подбор, а Сметната палата при последващ контрол и без наличието на особени или нови обстоятелства, да приеме, че критериите са ограничителни за конкуренцията, за което да наложи административна санкция на възложителя?
4. Принципът на пропорционалност допуска ли национална правна норма, като член 247, алинея 1 от Закона за обществените поръчки, който предвижда за възложител, който формално наруши забраната на чл. 2, ал. 2 от същия закон, да се наказва с глоба в размер 2 на сто от стойността на сключения договор с включен ДДС, но не повече от 10 000 лева, без да е необходимо да се установява сериозността на нарушението и неговото действително или потенциално финансово въздействие върху интересите на Съюза?

СПИРА ПРОИЗВОДСТВОТО ПО ДЕЛОТО до произнасяне на СЕС на основание чл. 23 от Статута на Съда на ЕС

ОПРЕДЕЛЕНИЕТО е окончателно и **ПРЕПИС** от същото да се изпрати на страните и на Отдел „Право на ЕС и процесуално представителство пред Съда на ЕС“ в дирекция „Международно право и право на ЕС“ в Министерството на външните работи

Владислава Цариградска

Съдия от Районен съд Луковит