

# РЕШЕНИЕ

№ 4325

гр. София, 27.06.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,**  
в публично заседание на 13.06.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Младен Семов**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **12493** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.27 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционно фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Институт по механика към Българската академия на науките, представляван от директора - П. Д., [населено място], [улица][жилищен адрес] срещу Решение № 09-92/06.12.2021г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г., с което за установена нередност при разходване на публични средства от ЕСИФ е определена финансова корекция в размер на 10 на сто от предоставената безвъзмездна финансова помощ по Договор № РД-09-44/12.03.2021г. с изпълнител „Д&Д“ О..

Административен съд София-град счита процесната жалба за редовна - в съответствие с изискванията за форма, съдържание и приложения, както и за допустима, като подадена от лице с правен интерес срещу обжалваем по силата на чл.73 ал.4 ЗУСЕСИФ, акт и в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК.

По съществуващото на спора и с оглед твърденията на страните, съдът съобрази:

За да установи нередност и определи финансова корекция, с обжалваното Решение № 09-92/06.12.2021г., Р. на ОП е приел, че при провеждане на обществена поръчка с предмет „Извършване на основен ремонт на лаборатории за топлопроводност, по

проект В.-1.001-0008“ и сключен договор № РД – 09-44 от 12.03.2021г. с изпълнител [фирма], на стойност 7 794.60лв с ДДС, Института по механика към Б., в качеството си на възложител, е заложил критерии за подбор, ограничаващи достъпа на кандидатите или участниците. В частност – в раздел III 1.1 от обявлението, подточка 3.1. „Критерии за подбор на участниците. Минимални изисквания и документи за доказване“ възложителят е поставил изискване участникът да бъде вписан в централния професионален регистър на строителя за изпълнение на строежи от „Пета група“ – „Отделни видове СМР съгласно Националната квалификация на икономическите дейности или категория/група, даваща право на участника да извършва отделни видове СМР“. Също така е записано, че при участие на обединение, което не е юридическо лице, изискването за удостоверение за годност се доказва от всеки участник в обединението, който ще извършва строителството, посредством формулировката: „В случай, че участникът в процедурата е обединение, което не е юридическо лице, документът се изисква от членове на обединението, които ще изпълняват строителните работи“.

За да обоснове установеното от него нарушение, Р. се е позовал на текста на чл.2 ал.2 и чл.59 ал.2 и ал.6 от Закона за обществените поръчки/ЗОП/ във връзка с чл.3 ал.3 от Закона за камарата на строителите/З./.

Прието е, че за да може едно обединение да изпълнява строежи или отделни видове СМР е достатъчно само един от участниците в обединението да е вписан в ЦПРС, като от текста на чл. 3 ал.3 З. следва извода, че участникът/ците в обединението, които не са вписани в регистъра, също могат да извършват строителни работи, стига за изпълнението на същите да не се изисква вписване в посоченият в чл.3 ал.2, регистър. В тази връзка изискването на възложителя, всеки участник, който ще изпълнява СМР да бъде вписан в посоченият регистър е възприето, като надхвърлящо минималното нормативно изискване „поне един“ по чл.3 ал.3 З., което не е в съответствие с чл.59 ал.2 от ЗОП. Това условие е квалифицирано като ограничително, спрямо участниците в обединения, които не са вписани в ЦПРС, но биха могли да извършват СМР в рамките на обединението, за изпълнение на които няма законово изискване за вписване.

Така посоченото нарушение, Р. е квалифицирал като нередност по т.11 б. “а“ от Приложение № 1 към чл.2 от Наредбата за администриране на нередности, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016г. , а именно „ Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, като е определена финансова корекция в размер на 10 на сто върху установената БФП от ЕСИФ.

С настоящото оспорване, жалбоподателят на първо място излага възражения свързани с текста на чл.18 ал.3 и ал.4 от Закона за централния професионален регистър на физическите и юридическите лица извършващи строителство /ЗЦПРФЮЛИС/, за да обоснове извода, че нито едно лице, било то и част от обединение, не може да извършва дейности без да е налице удостоверение за изпълнението на съответният вид дейност. Претендира се, че посоченият закон се явява специален на З., респ. и по арг. от чл.11 ал.2 от ЗНЕ именно той следва да намери приложение.

На следващо място се твърди, че стойността на обществената поръчка е изключително ниска и до възлагане на ОП се е стигнало, поради възлагане на ОП в 12 месечният период, на значително по-висока стойност, поради което и в съответствие с чл.21 ал.2

т.1 ЗОП, същата не е възложена директно по чл.20 ал.4 от ЗОП. Успоредно с това, се твърди, че поради ниската стойност поръчката не е представлявала никакъв интерес и затова е подадена само една оферта. Твърди се още, че ако за потенциалните участници в процедурата бяха възникнали съмнения или неясноти, то те биха могли да потърсят разяснение или изменение на документацията, респ. обявлението, като такива искания не са постъпвали в рамките на цялата процедура.

В заключение – твърди се немотивираност на акта досежно изборният от органа 10-процентен размер на корекцията от стойността на поръчката. Искане се отмяна му. При преценка твърденията на страните, с оглед събраните по делото доказателства и приложимата нормативна база, настоящият състав съобрази:

На първо място, неправилно Р. е приел, че от текста на чл.3 ал. 3 следва извода, че участникът/ците в обединението, които не са вписани в регистъра, също могат да извършват строителни работи, стига за изпълнението на същите да не се изисква вписване в посоченият в чл.3 ал.2, регистър, поради което и в контекста на предмета на конкретната поръчка възложителят е поставил ограничаващо конкуренцията условие пред потенциални участници и/или кандидати.

Нормата на чл.3 ал.2 от З. предвижда, че строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство", подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя, наричан по-нататък "регистъра".

Чрез този текст законодателят установява базисното положение, че строежите от първа до пета категория по ЗУТ се изпълняват от строители, надлежно вписани в посоченият регистър.

На следващо място ал.3 на посочената разпоредба действително предвижда, че: „Когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра.“

Прочита на нормативната постановка обаче ще е само частичен и далеч непълен ако не се обърне специално внимание и на текста на ал.4 на разпоредбата, съгласно която: „Участието в обединението по ал. 3 не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра, самостоятелно да изпълняват строежи или отделни строителни и монтажни работи по ал. 2.“

В този смисъл извода на Р. се явява в пряко противоречие с ал.4 на чл.3 от З.. Тази законова постановка не допуска изпълнение на строеж самостоятелно или участие в отделни СМР за лица, които не са надлежно вписани в регистъра. Което е по-съществено обаче процесният строеж е квалифициран като такъв от Пета категория и това обстоятелство се явява безспорно между страните. Бидейки строеж от Пета категория, съгласно чл.137 ал.1 ЗУТ, той не може да бъде изпълняван от лице, което не е надлежно вписано в регистъра, като следва да се посочи, че невписан в регистъра участник в обединение за изпълнение на строителство, би могъл да участва в поръчката, без обаче да се ангажира с пряка строителна дейност.

Именно в унисон с това е изискването по в раздел III 1.1 от обявлението, подточка 3.1. „Критерии за подбор на участниците. Минимални изисквания и документи за доказване“, по силата на което „В случай, че участникът в процедурата е обединение, което не е юридическо лице, документът се изисква от членове на обединението,

които ще изпълняват строителните работи“.

Съществената последица от така формулираното изискване, през призмата на процесният спор е, че документът се изискване не от всички членове в обединението изобщо, а само от тези, които ще изпълняват строителни работи. Т.е. по отношение на другите членове – доказващи опит, занимаващи се с логистика и снабдяване и т.н. подобно изискване не е налице. В този смисъл настоящият състав, противно на възприетото от Р., счита, че не е налице изискване в нарушение с посочената законова разпоредба. Напротив, същото е в унисон с ал.4 на чл.3 от З..

В заключение, ВАС е имал възможността да се произнесе в аналогична хипотеза, приемайки, че: „Съгласно чл. 3, ал. 3 З., когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра, като ал. 4 изрично предвижда, че участието в обединението по ал. 3 не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра, самостоятелно да изпълняват отделни строителни и монтажни работи по ал. 2. В съответствие с чл. 163, ал. 2, т. 6 ЗУТ, строителят носи отговорност за изпълнението на строежи, съответстващи на направената регистрация по чл. 3, ал. 2 от Закона за К. на строителите за съответната група и категория строежи, в случаите, когато тя е задължителна.“ / Решение № 3176 от 5.04.2022 г. на ВАС по адм. д. № 7979/2021 г./.

На следващо място, Р. е приел нарушение на чл. 59 ал. 2 и ал.6 от и чл.2 ал.2 ЗОП.

Текста на чл.59 ал.2 ЗОП, недвусмислено предвижда, че :

„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.“

В процесният казус, извода за възможността за законосъобразно изпълнение на поръчката с оглед конкретният критерий следва от нормативната регламентация по чл.137 ал.1 ЗУТ вр. чл.3 от З.. В този смисъл същият не е в полето на преценка на възложителят, а следва да бъде съобразен и да не противоречи с нормативната постановка. Обстоятелство, което е налице в настоящият казус.

Аналогичен е извода на настоящият състав и по отношение на нормата на чл.159 ал.6 ЗОП, предвиждаща, че: „При участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.“

Предвиденото изключение по отношение на обединенията, съчетано с нормативната възможност по чл.3 ал.4 З. дейността по строителство на строежи от първа до пета категория, както и изпълнението на отделни СМР да се изпълнява само от лица, вписани в съответния регистър, налага извода за липса на нарушение в процедурата по възлагане на ОП, такова, каквото е възприето от Р..

В заключение и доколкото следващата посочена в акта за определяне на

финансова корекция разпоредба – тази на чл.2 ал.2 ЗОП по своя характер представлява правен принцип, респ. може да бъде обект на нарушение, необвързано с пряко нарушение на конкретен законов текст, то финансово корегираният орган не е изложил никакви мотиви, извън вече обсъдените, защо счита посочената разпоредба за нарушена и в какво се изразява нарушението.

В този смисъл и извън неправилната привръзка с чл.3 ал.3 от З., следва да се приеме, че законовият текст е посочен общо, бланкетно и необосновано.

С оглед всичко гореизложено, посоченият акт следва да се отмени.

При този изход от спора и предвид своевременното направеното искане за присъждане на съдебно-деловодни разноски от страна на жалбоподателя, такива следва да бъдат присъдени на основание чл.143 ал.1 АПК и в съответствие с нормата на чл.8 ал.1 т.1 от наредба № 1 от 09.07.2004г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения – с оглед конкретният материален интерес следващ от акта за определяне на финансовата корекция.

Поради това и на основание чл. 172 ал.2, предл.второ от АПК, Административен съд София-град, Трето отделение, 74 състав,

#### РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение за определяне на финансова корекция № 09-92/06.12.2021г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ и Ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020г.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Програма за образование“ да заплати на „Институт по механика“ към Българската академия на науките, сумата от 300лв. представляващи съдебно - деловодни разноски.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от деня на съобщението, че решението е изготвено.

СЪДИЯ: