

РЕШЕНИЕ

№ 6308

гр. София, 25.10.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 26.09.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **3647** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – 178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), заглавие изм. с ДВ бр. 51 от 2022г., в сила от 01.07.2022 г., преди това Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Министерство на здравеопазването, представлявано от А. М. – министър на здравеопазването, чрез процесуалния представител К. К. - главен юрисконсулт в отдел „Обществени поръчки“, срещу Решение № РД-02-36-316/20.03.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ (ОП „РР“) 2014 – 2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договор № 2069/18.08.2022 г. с изпълнител „Информат“ ООД на стойност 175 788,36 лв. без ДДС, или 52 736,51 лв., във връзка с проведена обществена поръчка с предмет: „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ - С. 3. - отделение за лечение на ковид, [населено място]“, финансирана със средства по АДФП № РД-02-37-6/20.05.2022 г. по процедура за директно предоставяне № BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“, във връзка с проектно предложение от ИСУН 2020 - № BG16RFOP001-9.001-0002-C01 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“.

С жалбата се излагат доводи против констатациите на УО за допуснати нарушения

при провеждане на обществената поръчка по чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП - по т. 1 от решението; по чл. 63, ал. 1, т. 2, във вр. чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП - по т. 2 от решението; по чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП - по т. 3 от решението. Относно първото описано в оспорвания акт нарушение - незаконосъобразни изисквания в документацията, жалбоподателят твърди, че в процесната обществена поръчка възложителят ясно, точно и недвусмислено е дефинирал предмета, обема и количеството на необходимите дейности, като е представена и количествена сметка, която определя дейностите, които ще бъдат извършвани и техните количества. Излагат се аргументи, че процедурата не е обжалвана, като не са искани разяснения във връзка с частите на документацията, в които според УО е налице нередност, нито е постъпвало искане за промяна на условията на поръчката, поради което следва да се приеме, че заложените от възложителя изисквания по процедурата не са възприемани като ограничаващи, разубеждаващи или представляващи по своята същност показатели за оценка на офертата. Жалбоподателят сочи, че изисканото минимално съдържание не оценя качеството на изпълнение, а готовността и способността на участниците да изпълнят поръчката в съответствие с техническата спецификация, като в тази връзка възложителят не е предвидил скала за оценка, която да е измерител на качеството. Оспорват се изводите на УО, че елементът: „Организация в етапа на подготовка на строителната площадка и доставка на материали“, води до неяснота и създава предпоставки за субективизъм, като се твърди, че въпросната организация е изцяло по преценка на всеки участник, защото тя зависи от неговия опит и ресурси, а освен това тези дейности са нормативно установени. Не се присъждат точки и не се оценя кой от участниците какви дейности е предвидил за етапа на подготовка на строителната площадка. Такива следва само да бъдат описани и то изцяло според виждането на участника и разпоредбите на закона.

По отношение на второто нарушение - незаконосъобразен критерий за подбор, касаещ изискванията на възложителя за екип, жалбоподателят оспорва изложеното в процесното решение. Навеждат се аргументи, че при определяне на критериите за подбор възложителите не са ограничени относно това дали изискванията са предвидени в закон или не. Единственото ограничение съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП е заложените изисквания да бъдат необходими и да гарантират изпълнението на поръчката, като същите да са съобразени с предмета и обема на поръчката. Счита, че изискванията за опит и определен персонал на изпълнителя са обосновани, като се вземе предвид специфичният предмет на обществената поръчка, която е свързана с ремонт на болнично заведение. Последното изисква дейностите да се извършват качествено и в срок, за да не се забавя излишно лечебният процес на пациентите. Жалбоподателят оспорва твърденията на органа, че представлява нарушение липсата на заложена възможност участниците да предоставят еквивалентни документи при доказване на образованието на ползваните експерти. Излага аргументи, че поръчката е възложена по реда на „публично състезание“, а този вид процедури попада в националните прагове и обявлението не се публикува в Официален вестник. Поради това същото не достига до знанието на чуждестранните лица, а и те не биха проявили интерес да участват в поръчка с такава прогнозна стойност. С оглед на това жалбоподателят счита, че възложителят е направил всичко възможно, за да участват максимален брой лица.

По отношение на изискването участникът да разполага с технически ръководител на

обекта с образование, отговарящо на изискванията на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, жалбоподателят счита, че същото не е ограничително спрямо чуждестранните участници по горните аргументи, а освен това, че съгласно чл. 163а, ал.3 от ЗУТ извън случаите по ал. 2 техническа правоспособност може да бъде призната на чуждестранно лице при условията на взаимност, когато притежава диплома, легализирана по съответния ред, и когато отговаря на изискванията на този закон. На следващо място, твърди, че в изпълнение на Регламент (ЕС) № 305/2011 на Европейския парламент и на Съвета от 9 март 2011 година за определяне на хармонизирани условия за предлагането на пазара на строителни продукти и за отмяна на Директива 89/106/ЕИО на Съвета задължително се изисква наличието на лице за контрол върху качеството на изпълнение на строителството. Изискването е нормативно определено и същото няма как да има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата.

Относно вмененото с оспорвания административен акт нарушение - незаконосъобразно избран изпълнител на обществената поръчка, в решението се сочи, че липсва информация за механизацията, която ще използва изпълнителя при изпълнение на поръчката, което по същество било липса на диаграмата на механизацията. В тази връзка жалбоподателят възражава, че, на първо място, челният товарач може да бъде монтиран, както към багер, така и към трактор, съответно не може да се говори за разминаване в тази посока. От друга страна, изброените ръчни преносими ел. инструменти, перфоратори, къртачи, ъглошлийфи, винтоверти и т.н. са част от окомплектовката на съответните работни звена, които изпълнителят ще използва, и не би следвало да бъдат включени в диаграмата на механизацията. В последната се отразяват само необходимите строителни машини, за които могат да се съставят цени за машиносмени и не е задължително посочването на малката строителна механизация, имаща характера на ръчни механизирани инструменти. По отношение на линейния календарен график жалбоподателят счита, че той отразява единствено строително-монтажните работи, които са предвидени за изпълнение, а дейностите по оформяне, обобщаване и подреждане на документацията, водена по време на строителството, и по предаване на обекта не са част от СМР, а са съпътстващи изпълнението на строителните дейности и съответно не следва да фигурират в графика.

Предвид горното жалбоподателят намира, че не са допуснати нарушения при провеждане на обществената поръчка и не са доказани нередностите, за които му е определена финансова корекция.

При горните доводи жалбоподателят счита оспорваният административен акт за незаконосъобразен и моли за отмяната му.

В съдебно заседание по делото се представлява от юрк. К., която поддържа жалбата по изложени в същата съображения. Претендира разности.

Ответникът – ръководител на УО на ОП „РР“ 2014 – 2020 г., се представлява по делото от юрк. В., която оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена като неоснователна. Излага подробни аргументи в представени писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Заинтересованата страна, участваща в производството – [община], не изпраща представител в съдебно заседание. Представя писмено становище, с което оспорва изводите на ответника за наличие на изложените в акта нередности, съответно счита, че липсва основание за определяне на финансова корекция.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител в производството и не изразява становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе, съобрази следното от фактическа страна:

Безспорно е, че съгласно Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № РД-02-37-6/20.05.2022 г., сключен между Министерство на регионалното развитие и благоустройството като УО на ОП „РР“ 2014 – 2020 г., представлявано от заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството в качеството на ръководител на УО, и жалбоподателя Министерство на здравеопазването, последният е получил в качеството си на бенефициер безвъзмездна финансова помощ в размер на 97 791 432 лева, предоставени по ОП „РР“ 2014 – 2020 г., Приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“, процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“, за изпълнение на проектно предложение BG16RFOP001-9.001-0002 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“.

Съгласно Споразумение за партньорство № РД-13-744/27.10.2021 г. между Министерство на здравеопазването (бенефициент) и [община] (партньор) страните се договарят за съвместната подготовка и изпълнение на проектно предложение за кандидатстване по гореописаната процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ възлагане, както и провеждане на обществена поръчка. Съгласно чл. 7, ал. 2, б. „в“ от същото партньорът има право да получи всички разплатени към изпълнителите на обществените поръчки суми, след като същите са възстановени от УО на бенефициента и надлежно доказани като дължими до размера на верифицирания разход.

В изпълнение на горното и във връзка с проектно предложение за кандидатстване за безвъзмездна финансова помощ BG16RFOP001-9.001-0002 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“ е проведена от [община], представлявана от кмета, обществена поръчка чрез процедура „публично състезание“ с предмет „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ – С. 3. – отделение за лечение на ковид, [населено място]“. Избраният от възложителя критерий за оценка е „най-ниска цена“. Подадени са за участие в процедурата четири оферти, всяка от които е допусната до етап оценка. За изпълнител, предложил най-ниска цена за изпълнение на включените в заданието на възложителя дейности, е избран „Информат“ ООД с предложена обща цена от 175 788,36 лв. без ДДС или 210 946,03 лв. с ДДС и включени 10 % непредвидени разходи. Съгласно протокол по чл. 54, ал. 7 от ППЗОП от 24.06.2022 г., четири лица са подали оферти за участие в процедурата. С Протокол за разглеждане на технически предложения от 30.06.2022 г. комисията е допуснала до по-нататъшно участие в процедурата всички кандидати. Въз основа на Протокол за разглеждане на ценови предложения от 13.07.2022 г. на първо място е класирана офертата на „Информат“ ООД с предложена обща цена за изпълнение на поръчката от 175 788,36 лв. без ДДС или 210 946,03 лв. с ДДС и включени 10 % непредвидени разходи. Всички протоколи от проведени заседания на комисията са подписани от нейните членове, назначени със Заповед № 10-00-1437/24.06.2022 г. на кмета на [община]. С решение на възложителя – [община], представляван от кмета Ж. Т., е избран за изпълнител участникът „Информат“ ООД.

След представяне на всички изискуеми документи с горното дружество е сключен договор № 2069/18.08.2022 г. с възложител [община] за изпълнение на строително-монтажни работи (СМР/С.) за обект „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ – С. 3. – отделение за лечение на ковид, [населено място]“, в срок от 90 календарни дни, считано от датата на получаване на възлагателно писмо от възложителя. Съгласно Протокол от 10.01.2023 г., подписан от членовете на комисията и управителя на „Информат“ ООД, възложените С. са действително извършени в срок и с качество, съответстващо на действащите норми и стандарти в областта на строителството, и обектът е предаден на възложителя.

Във връзка с регистриран сигнал за нередност № 2159 е извършена проверка от УО на ОП „РР“ по реда на чл. 69 и сл. от ЗУСЕФСУ. В хода на производството на жалбоподателя като бенефициер на помощта е изпратено писмо чрез ИСУН, с което се уведомява за открито производство по администриране на нередност във връзка с горепосочения сигнал. В същото е описана установената фактическа обстановка, формираните въз основа на нея изводи за наличие на нарушения при провеждане на процедурата, представляващи нередност, а именно въведени от възложителя ограничителни/неясни условия и незаконосъобразно избран изпълнител. Посочен е размерът на съответстващата на същите финансова корекция, която предстои да бъде определена – 25 %. Указано е на жалбоподателя, че може да представи обяснения и възражения в 14-дневен срок.

Постъпило е в администрацията на ответника писмо изх. № 10-11-2693/24.02.2023 г. от [община], с което се оспорват констатациите в уведомлението за открита процедура по сигнал за нередност. Същите са приети от административния орган за неоснователни и е издадено оспорваното в настоящото съдебно производство решение на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договор № 2069/18.08.2022 г. с изпълнител „Информат“ ООД на стойност 175 788,36 лв. без ДДС, или 52 736,51 лв. с ДДС, във връзка с проведена обществена поръчка с предмет: „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ - С. 3. - отделение за лечение на ковид, [населено място]“, финансирана със средства по ОП „РР“ 2014 – 2020 г.

Съгласно изложените в същото мотиви са установени допуснати в хода на обществената поръчка три нарушения на закона, представляващи нередност, обособени в три точки. Правната квалификация на посоченото в точка 1 е чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП. От фактическа страна е посочено, че възложителят е въвел незаконосъобразни изисквания в документацията. Посочено е, че е избрал критерий за възлагане по чл. 70, ал. 2, т. 1 от ЗОП - най-ниска цена. В същото време в документацията за участие по проведената обществена поръчка са заложили минималните изисквания към съдържанието на техническото предложение на участниците, което следва да бъде представено. То следва да съдържа концепция за изпълнение на поръчката - а) Работна програма и б) Програма за управление на риска. Сочи се, че в конкретния случай възложителят е предвидил в противоречие с нормите, разписани в ЗОП, помощният орган да разглежда изискванията към техническото предложение не като показател за оценка, а като минимални изисквания за допустимост на техническото предложение. Нарушението е, че при критерий за възлагане "най-ниска цена" за възложителя би следвало да бъде от значение предложената най-ниска цена от участниците, а техническото предложение на

участниците по своята същност следва да бъде автоматично възприемане на изискванията на възложителя, което в случая не било така.

На следващо място, се твърди, че поставените изисквания към съдържанието на предложението са неясни и субективни и в този смисъл ограничителни. Това нарушавало разпоредбата на чл. 2 от ЗОП, която забранява ограничаването на 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. В този смисъл органът сочи, че заложените изисквания към съдържанието на техническото предложение в случая са формулирани по начин, който предполага субективизъм и води до неяснота. Конкретно се изтъква, че не е ясно какъв смисъл се влага от възложителя в използвания израз „адекватна база за успешно стартиране на строителните дейности“ в изискването за представяне на работна програма, съдържаща „организация в етапа на подготовка на строителната площадка и доставка на материали“, както и „адекватни/относими към предмета на поръчката мерки, които ще се предприемат за недопускане/предотвратяване на риска и адекватни/относими към предмета на поръчката мерки за преодоляване на последиците при настъпването му за всеки от идентифицираните от възложителя рискове“ като част от задължението за представяне на програма за управление на риска. По отношение на изискването за описание на „организация в етапа на строителство“, включваща „начина на организация и управление на строителния процес, предвиждането за технически и човешки ресурси, технологичната последователност на основните дейности, координация на дейностите, взаимодействие с различните участници в процеса“ се сочи в решението, че не е ясно какъв е обхватът на техническия и човешки ресурс, който следва да бъде включен, как ще се прецени дали е налице последователност, кои са различните участници в процеса. Административният орган е стигнал до извод, че наличието на неясни условия има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните заинтересовани лица.

По т. 2 от решението органът е стигнал до извод, че е нарушен чл. 63, ал. 1, т. 2, във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като е приложил незаконосъобразен критерий за подбор. Описани са три конкретни нарушения по тази точка, представляващи ограничаващи конкуренцията критерии, а именно: изискване участникът да разполага с ръководител на проекта с образование „инженер в строителството“; да разполага с технически ръководител на обекта с образование на лице, отговарящо на изискванията на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ; да разполага с отговорник по контрола върху качеството, който да има успешно завършен курс по контрол на качеството. В мотивите са изложени аргументи, че за длъжността ръководител на проекта няма правно изискване да бъде инженер в строителството, без да е обвързано с конкретна специфика на поръчката и обекта, поради което необосновано се ограничава достъпа до участие на по-широк кръг лица. Освен това не е предвидена възможност да участват лица чрез еквивалентна квалификация, придобита в чужбина. Относно длъжността технически ръководител на обекта с образование: лице, отговарящо на изискванията на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, възложителят е реферирал към националното законодателство и не е допуснал възможност за представяне на еквивалентни документи за доказване на изискването в чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ. По този начин е ограничено участието на лица, които имат на разположение експерти - чуждестранни лица с еквивалентна професионална квалификация на тази, описана в чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ. Соци се, че, въвеждайки това ограничително условие, възложителят не е допуснал неопределен потенциален кръг участници да подадат оферта, като по този начин е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. Относно

изискването за наемане на лице на длъжността отговорник по контрола върху качеството, който да има успешно завършен курс по контрол на качеството, органът е посочил, че за упражняване на посочената длъжност няма правно изискване за придобиване правоспособност, удостоверения за квалификация за този експерт не се издават от признати учебни заведения, а в резултат на частни обучения на кадри. Следователно изискването предложеният експерт да има успешно завършен курс е неясно и има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата. Освен това отново не е предвидена възможност да участват лица с еквивалентна квалификация, придобита в чужбина.

По т. 3 от решението е квалифицирано нарушението като незаконосъобразно избран изпълнител на обществената поръчка – по чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП. Посочено е, че офертата на избрания изпълнител не отговаря на изискванията на възложителя. Съгласно документацията е поставено изискване участниците да представят работната програма с приложен линеен график, диаграма на работната ръка и диаграмата на механизацията в съответствие с предложената организация за изпълнение на поръчката. В графика изпълнителят е посочил, че ползваната от него механизация ще бъде самосвал и челен товарач. Същевременно в работната програма е предвидено използването на допълнителна техника - ръчни преносими ел. инструменти, перфоратори, къртачи, ъглошлайфи, винтоверти, прободни триони, саблен трион, машини за теракот, фаянс, гранитогрес лекотоварни автомобили за доставка на материали, като е заявено, че фирмата разполага с достатъчно количество от изброените инструменти и оборудване. Предвид това е направен извод, че механизацията, която е описана в работната програма, не съответства на заложеното в линейния график и диаграмата.

Констатирано е още че в нарушение на изискването на възложителя в графика участникът не е посочил времето за всяка една дейност, като напр. не е предвидено време за изпълнение на т.нар. заключителен етап, който ще се използва за оформяне на екзекутивна документация, извършване на необходими изпитания и замервания, обобщаване и подреждане на документацията, водена по време на строителството, за да бъде предадена на възложителя и на строителния надзор, и отстраняване на евентуални забележки, демобилизация и предаване на обекта на възложителя чрез подписване на приемо-предавателен протокол.

В тази връзка административният орган е приел, че предложението на участника не отговаря на изискванията на възложителя и комисията е следвало да отстрани участника от по-нататъшно участие в процедурата, съответно, като не е направено това, е допуснато нарушение на чл. 107 от ЗОП, което е съществено тъй като предложението на участника не отговаря на критериите за подбор.

Решението е оспорено по съдебен ред с жалба вх. № 99-00-6-70/1/03.04.2023 г. по описа на МРРБ.

По делото са приобщени писмените доказателства, част от административната преписка по издаване на оспорваното решение на ръководителя на УО по ОП „РР“. Не са събирани нови доказателства.

При така установеното от фактическа страна съдът прави следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който е утежняващ и подлежи на съдебен контрол съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, поради което същата е процесуално допустима.

По основателността на жалбата:

Разгледана по същество, жалбата е ЧАСТИЧНО ОСНОВАТЕЛНА по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното:

Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗУСЕСИФ, обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: „Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление“.

Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал. 2 от с.з. приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмен период 2014 – 2020 г. Нормите на ЗУСЕФСУ, приложими в настоящото съдебно производство, са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт – ДВ. бр.102 от 23 декември 2022 г, на основание чл. 142, ал. 1 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице.

В случая оспорваното решение е издадено от заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството. Съгласно чл. 5, ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на МРРБ министърът организира, координира и контролира дейността на управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007 - 2013 г. и на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020 г., съгласува и определя състава на Комитета за наблюдение на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020 г. и Тематичната работна група за разработване на Оперативна програма „Развитие на регионите“ 2021 - 2027 г. На основание чл. 28, ал. 1, т. 2 от същия Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 - 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове. Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ е в администрацията на министъра на Р., който е ръководител на същата, следователно и ръководител на УО на ОП. На основание чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ заместник-министър на Р. Д. Г. е определена за ръководител на УО на ОПРР 2014 – 2020 г. и е оправомощена с функциите да издава актове, свързани с процедурите по предоставяне на БФП по ЗУСЕФСУ, със Заповед № РД-02-14-180/14.02.2023 г. на министъра на Р..

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена

форма – чл. 59, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, както по отношение на основанието, така и по отношение на размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл. 73, ал. 3 ЗУСЕФСУ е предвидено, че решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е спазено. Представени са възражения от страна на жалбоподателя, които са обсъдени от органа.

С оглед на горното съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона писмена форма, при спазване на административнопроизводствените правила, но частично в нарушение на материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „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 ЕФСУ. Съгласно чл. 143, пар. 1 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими 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, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е 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. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят дирекция „Комуникационни и информационни системи“ при Министерство на вътрешните работи участва като бенефициер в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушаване на правото

на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административния орган е с оглед на чл. 170 ал. 1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициера по проведената обществена поръчка.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размерът при прилагане на пропорционалния метод и налице ли са пречки за настъпване на разпоредените последици.

Основанието за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередност в резултат от допуснати от жалбоподателя и възложител по ЗОП нарушения на същия закон при провеждане на обществена поръчка с предмет: „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ – С. 3. – отделение за лечение на ковид, [населено място]“.

Съгласно представеното споразумение за партньорство от 27.10.2021 г. между Министерство на здравеопазването (титуляр) и [община] (партньор), последната следва да организира и проведе обществената поръчка. В същото е предвидено, че за наложени в резултат от поръчката финансови корекции отговаря титулярът, тоест – министерството, когато произтичат от действия/бездействия на партньора.

По т. 1 от решението на заместник-министъра на Р. и ръководител на УО на ОП „РР“ 2014 – 2020 г. правната квалификация на нарушението е чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП – незаконосъобразни изисквания в документацията. Съгласно посочената като нарушена правна разпоредба фактическият състав е описан като „офертата включва техническо предложение, съдържащо предложение за изпълнение на поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя“.

Съгласно представен по делото протокол от заседание на комисията от 30.06.2022 г. техническите предложения на участниците са преценени с оглед покриване на всички задължителни елементи, заложи от възложителя, и допускане до следващ етап в процедурата. Същите не са предмет на оценка на етап класиране на офертите. Поради това съдът намира за необоснован извода на ответника за нарушаване на методиката за оценка на офертите по критерий „най-ниска цена“ и съответно класирането им на това основание. Противно на изложеното в процесния административен акт, на етап класиране на офертите на първо място е класирана тази с най-ниска цена и не е извършвана оценка на предвидените дейности и мерки в техническото предложение. Следователно последното не е било обект на оценка при избор на изпълнител на поръчката.

В тази връзка нелогично и непоследователно е изложеното от органа в мотивите на акта, че „при критерий за възлагане „най-ниска цена“ за възложителя би следвало да бъде от значение предложената най-ниска цена от участниците, а техническото предложение на участниците по своята същност следва да бъде автоматично

възприемане на изискванията на възложителя, заложи в ТС без необходимост от представяне на минимално съдържание, което да дава възможност на оценителната комисия да оцени нивото на качество на техническото предложение, тъй като последното е характерно за критерий за възлагане оптимално съотношение качество/цена“. Безспорно е по делото, че офертите са класирани по критерий „най-ниска цена“ и не са оценявани техническите предложения на участниците, които са само критерий за подбор и допускане до следващ етап.

На следващо място, в мотивите на решението се сочи, че изискванията на възложителя относно техническото предложение следва да са разписани безусловно ясно и по начин, отхвърлящ субективна преценка в хода на разглеждане на предложенията на участниците от страна на оценителната комисия. В случая органът намира поставените изисквания към съдържанието на предложението за неясни и субективни и в този смисъл възпиращи евентуални участници в процедурата. В тази връзка се твърди, че липсват насоки относно формулиране на начина на организация на строителния процес, както и кои мерки възложителят би възприел като „адекватни“.

Според управляващия орган нарушението се изразява в това, че е нарушен чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, като са определени изисквания към техническите предложения, които са твърде общи, неясни и създават възможност за интерпретация и субективно оценяване, което нарушавало конкуренцията. Изводът на управляващия орган е нелогичен, тъй като общата формулировка на изискванията към техническите предложения дава свобода, а не създава ограничения, следователно мотивира широкото участие в процедурата и конкуренцията. В документацията за участие възложителят, в частта относно работна програма, съдържаща „организация в етапа на подготовка на строителната площадка и доставка на материали“, изрично е посочил, че „участникът трябва да опише своето виждане за организация в етапа на подготовка на строителната площадка. В частта относно „организация в етапа на строителство“ е посочено, че „участникът трябва да опише начина на организация и управление на строителния процес, предвиждането си за технически и човешки ресурс...“. Следователно, предоставена е свобода на участниците в организацията на процеса по изпълнение на поръчката, като същите са ограничени от законовите изисквания за това, заложи в Закона за устройство на територията (ЗУТ), както и подзаконовите нормативни актове по прилагането му, относно откриване на строителна площадка и етапите на строителство. В чл. 157 от Закона за устройство на територията и Наредба № 3 от 31.07.2003 г. за съставяне на актове и протоколи по време на строителството се съдържат нормативните изисквания относно дейностите, свързани с откриването на строителна площадка и процеса на строителство.

Същото се отнася и за използваната в програма за управление на риска формулировка „да се предложат **адекватни/относими** към предмета на поръчката мерки, които ще се предприемат за недопускане/предотвратяване на риска и **адекватни/относими** към предмета на поръчката мерки за преодоляване на последиците при настъпването му за всеки от идентифицираните от възложителя рискове...“. В случая изразът „адекватни“ е даден като синоним на „относими към предмета на поръчката“ мерки, което е достатъчно за изясняване на влагания от възложителя смисъл, следователно – за предотвратяване на неяснота или объркване на евентуалните участници в процедурата.

Действително използваният израз „адекватни“ подлежи на интерпретация, но съществено в случая е, че участниците следва да предвидят мерки, които да са относими към предмета на поръчката, за да гарантират точното и качествено изпълнение. Прекалено формалистично би било фокусирането единствено върху една от думите в изискването на възложителя, вместо да се отчете действителният

смисъл на същото.

Освен това по този критерий не се извършва оценка на предложенията, както беше посочено по-горе. От участниците се изисква единствено изготвянето и представянето на система от мерки, съответно разписване на предвидената организация на процеса, поради което не е вярно и няма как тези изисквания да създават предпоставки за субективна оценка, след като те изобщо не влизат в критериите за оценяване.

Изрично е посочено в документацията, че предмет на преценка от комисията е наличието на предвидени мерки за всеки от визираните от възложителя рискове, а не ефективността или изчерпателността им. С оглед на това не се поставят изисквания в качествено отношение относно съдържанието на програмата за управление на риска, участниците имат свобода във формулировката и избора на конкретни мерки, които да покриват визираните от възложителя рискове при изпълнение на поръчката. Както се посочи по-горе, това само по себе си изключва твърдението на органа за залагане на ограничителни критерии и като резултат намаляване на конкуренцията при провеждане на процедурата.

По горните съображения настоящият съдебен състав намира, че не са налице твърденията от ответника за нарушения на ЗОП, представляващи нередност, квалифицирана от органа по т. 11, б. „б“ от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. (наричана по-долу „Наредбата“).

По т. 3 от решението правната квалификация на нарушението е по чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП – възложителят отстранява участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката.

По тази точка са установени нарушения, засягащи съответствието на класираната на първо място оферта с изискванията на възложителя относно съдържанието ѝ. Констатирано е от административния орган, че в описанието на подлежащите на изпълнение дейности като част от работната програма в техническото предложение на кандидата „Информат“ ООД са посочени използваните машини и техника, докато същите не са намерили място в линейния график. Конкретно са изброени „ръчни преносими ел. инструменти, перфоратори, къртачи, ъглошлийфи, винтоверти, прободни триони, саблен трион, машини за теракот, фаянс, гранитогрес лекотоварни автомобили за доставка на материали“. Посочено е, че фирмата разполага с достатъчно количество от изброените инструменти и оборудване. Отбелязано е също че за извозване на строителните отпадъци ще бъдат използвани наети багер и самосвал.

Съдът констатира, че за всяка от дейностите, включени в технологично-строителната програма, са описани подлежащите на извършване елементи, кадровия ресурс с длъжности на лицата, необходимите материали, инструменти и оборудване, които ще бъдат използвани.

Споделят се възраженията на жалбоподателя, че в случая се касае до предвидени от този участник мощни индивидуални средства за ръчна работа, имащи характера на ръчни механизирани инструменти, а не до използване на строителни машини. Същите са изброени в част V.3. „Технически ресурси за изпълнение на предмета на поръчката“, както и конкретно за всяка от дейностите, включени в технологично-строителната програма. Следователно, липсата на информация относно ръчните помощни средства и машини в графика за механизация не представлява нарушаване на изискванията на възложителя. Още повече това е валидно в настоящия случай, тъй като същите са осигурени от изпълнителя и не е

необходимо да бъдат наети или да се ползва подизпълнител за тези дейности, съответно предвиждането на допълнителен финансов ресурс, който би участвал при формиране на ценовото предложение на офертата. В тази връзка е основателно оплакването на жалбоподателя, че за тези пособия не се прилагат разходни норми и цени на машиносмени, поради което времето за ползването им съвпада с времето за изпълнение на конкретната дейност, посочено в представения линейен график за подлежащите на изпълнение СМР/С..

С оглед на това не е налице основание за отстраняване на участника от процедурата и не е налице нарушение на чл. 107 от ЗОП.

На следващо място, констатирана е липса на някои от етапите на изпълнение на поръчката. Конкретно – в графика липсва времето за изпълнение на т.нар. заключителен етап, който ще се използва за оформяне на екзекутивна документация, извършване на необходими изпитания и замервания, обобщаване и подреждане на документацията, водена по време на строителството, за да бъде предадена на възложителя и на строителния надзор и отстраняване на евентуални забележки, демобилизация и предаване на обекта на възложителя чрез подписване на приемо-предавателен протокол.

Съгласно изискването на възложителя, обективирано в документацията за участие в процедурата, „в графика следва да се посочи времето за изпълнение на всяка една предвидена дейност, броят и квалификацията на необходимите **строителни** лица за всяка една операция и общите за проекта човекодни“. Предвид изискването да се посочи броят и квалификацията конкретно на необходимите строителни лица за всяка операция се налага извод, че включените в линейния график дейности касаят такива, относими към същинската част на поръчката, а именно към строително-ремонтната част. Посочените в мотивите на решението елементи, включващи работа с документация и предаване на обекта на възложителя чрез подписване на приемо-предавателен протокол, са неприсъщи за длъжности, заети в строителството, поради което тази част от условията в документацията е неотнормима към съдържанието на линейния график, по-специално към броя и квалификацията на необходимите строителни лица, както и общите човекодни. Дейностите по извършване на замервания и изпитвания са от категорията на контрола по изпълнението и имат за цел да осигурят предаване на обекта точно съгласно заданието на възложителя. Поради това те отново не се включват в същинската част на възложената работа и липсата им в линейния график не представлява отклонение от изискванията към офертите на участниците в процедурата, конкретно не е основание за отстраняване на „Информат“ ООД от участие.

Предвид гореизложеното не се установява нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП.

Във връзка с горното следва да се отбележи, че дадената от органа квалификация на нарушението не кореспондира с изпълнителното деяние. В случая, ако се приеме несъответствие на офертата на изпълнителя с условията на възложителя, то нарушението попада в т. 5 от същата разпоредба, а именно – отстранява се кандидат или участник, подал заявление за участие или оферта, които не отговарят на условията за представяне, включително за форма, начин, срок и валидност. Това е така, тъй като нарушението касае начина на представяне на информацията в техническото предложение, а не липса на такава или разминаване с изискванията за изпълнение на поръчката.

Следователно не се установяват материалноправните предпоставки за налагане на финансова корекция – наличие на нередност съгласно чл. 2, т. 36 от 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.

Отделно от горното настоящият съдебен състав намира, че оспорваният административен акт е издаден в нарушение на принципа на пропорционалност и противоречи на целта на закона. Съгласно последния съдържанието и формата на действието на административните органи трябва да съответстват на преследваната цел, като в това отношение има две проявления – административните органи да се въздържат от действия, които засягат в по-голяма степен от най-необходимото с оглед целта на правата и законните интереси на субектите, и от друга страна – да се въздържат от актове, които могат да причинят вреди, явно несъизмерими с преследваната цел – чл. 6, ал. 2 и ал. 5 от АПК. Принципът на пропорционалност е основен принцип и в уредбата за изпълнението и използването на европейските структурни и инвестиционни фондове, и по-специално финансовите и административните ресурси, необходими за тяхната подготовка и изпълнение във връзка с мониторинга, отчитането, оценяването, управлението и контрола, съгласно чл. 4, § 5 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г. Принципът на пропорционалност изисква при вземането на решение за определяне на финансова корекция да се взема предвид естеството и сериозността на нередността, както и свързаните с него финансови последици за бюджета на Съюза (вж. съображение 22, 72, 120 и 129 от Регламент (ЕС) №1303/2013). Той е критерий и при вземането на Решение С(2019) 3452 от 14.05.2019 г. от Европейската комисия, за установяване на насоките за определяне на финансови корекции, които трябва да бъдат извършени спрямо финансирани от Съюза разходи в случай на неспазване на приложимите правила за възлагане на обществени поръчки. Насоките на ЕК от 14.05.2019 г. са имплементирани в Наредбата с изменението ѝ, обнародвано в ДВ бр. 67/23.08.2019 г. В приложението към решението на Комисията е посочено, че нередността може да бъде точно определима или не, като в случая на нередности при възлагане на обществени поръчки не е възможно да се определи с точност финансовото въздействие поради естеството на нередността. Нередностите в областта на обществените поръчки се анализират в съответствие с целта за защита на финансовите интереси на Съюза и спазване на правото на Съюза (по-специално принципите на прозрачност, недискриминация, равно третиране, пропорционалност и правна сигурност). Освен това финансови корекции могат да се прилагат единствено ако въпросната нередност има или би могла да има финансово въздействие върху бюджета на Съюза. Изрично е подчертано, че в случаите, в които нарушението на правилата за възлагане на обществени поръчки е само от формален характер без каквото и да било действително или потенциално финансово въздействие, финансовата корекция не е обоснована. В тази връзка и с оглед гореизложените мотиви настоящият състав намира, че в случая, ако се приеме наличието на несъответствие между изискванията на възложителя и техническото предложение на избрания изпълнител, то е формално, изразяващо се в такова отклонение, което е незначително, не оказва влияние върху възможността на изпълнителя да изпълни поръчката точно и без отклонения.

В случая предложената от избрания изпълнител „Информат“ ООД оферта е класирана на първо място според избрания от възложителя критерий – „най-ниска цена“, и съдържа всички изискуеми елементи, които са от значение за точното ѝ изпълнение. Дори да се приеме, че има липси, изразяващи се в непълнота на линейния график или на описание на някои от спомагателните дейности на поръчката, то те не са от такова естество, за да се обоснове извод, че офертата не

отговаря на изискванията на възложителя. Следователно, не е налице вреда за средствата на ЕСИФ, която следва да бъде възстановена чрез налагане на финансова корекция. Това обосновава несъответствието на оспорваният административен акт с целта на закона.

Относно установено от органа нарушение по чл. чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „б“ от ППЗОП, законът предписва, 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. Заложените от възложителя изисквания трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Видно от това, нарушение представлява залагането в документацията на такива критерии, които ограничават конкуренцията и участието на възможно най-широк кръг лица в процедурата, което да гарантира избор на най-изгодната за възложителя оферта. Ограничаване на участието на икономическите оператори и/или разубеждаващ ефект спрямо тях би могло да има само вследствие въвеждането на дискриминационни по смисъла на т. 10 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата или ограничителни по смисъла на т. 11 от същото приложение критерии за подбор, каквито в настоящия случай не са установени. Не са отстранени участници от процедурата, напротив – всички, подали оферти, са допуснати до оценка. Както сочи жалбоподателят, индигия, че не е ограничено участието на други лица в процедурата, е и липсата на подадени жалби пред КЗК срещу решението на възложителя за откриване на процедурата, както и липсата на подадени искания за разяснения по реда на чл. 33 от ЗОП. Следователно, дори да се приеме, че е извършено нарушение, то не е оказало влияние върху конкуренцията и равния достъп на икономически оператори до процедурата, съответно няма финансово отражение и не представлява нередност.

С тези мотиви настоящият съдебен състав намира изводите на органа в оспорваното решение в частта по т. 1 и по т. 3 за необосновани и несъответстващи на материалноправните разпоредби и целта на закона.

По т. 2 от решението правната квалификация на нарушението е по чл. 63, ал. 1, т. 2, във вр. чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, вр. с т. 11, б. „б“ от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

На основание чл. 59 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.

Съгласно чл. 63 възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да разполага с необходимия брой технически лица и/или организации, включени или не в структурата на кандидата или участника, включително такива, които отговарят за контрола на качеството, а при обществени поръчки за строителство - лицата, които ще изпълняват строителството.

С оглед заложените от възложителя изисквания за осигуряване от участниците на

определен кадрови ресурс съдът намира, че това е част от оперативната му състоятелност при обявяване на поръчката. Не би могло да бъде иначе, доколкото единствено той е в състояние да определи условията за изпълнението ѝ с оглед конкретния предмет и нуждите си. В случая се касае за ремонт на обществена сграда, която осигурява медицинското обслужване и лечение на граждани, поради което е обосновано залагането на по-високи изисквания към изпълнителя. В тази връзка възложителят е предвидил изискване той да разполага с наети лица на длъжностите „ръководител на проекта“ с образование „инженер в строителството“, технически ръководител на обекта с образование: лице, отговарящо на изискванията на чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, и за двете се изисква професионален опит за изпълнение на идентични или сходни с предмета на поръчката строежи от минимум един такъв.

За квалификацията на последните в чл. 163а от ЗУТ има изрични нормативни изисквания. Съгласно чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ 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“. Разпоредбата на ал. 4 предвижда, че 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 по чл. 14, ал. 2 от Закона за К. на строителите - 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.

Относно длъжността „отговорник по контрол на качеството“ настоящият състав намира, че специалистът следва да изпълнява ключови функции по отношение съответствието на изпълнението с определени стандарти, поради което е обосновано да се изисква доказателство, че е преминал необходимата квалификация за това. Осигуряването на лице на тази длъжност следва да гарантира, че поръчката ще бъде изпълнена точно с оглед изискванията на възложителя и на установените стандарти, като предвид спецификата на предмета ѝ всяко отклонение би било с негативни последици относно осигуряване на добро медицинско обслужване на пациентите на лечебното заведение. Изложеното обосновава необходимостта от експерт на тази длъжност и съответно липсата на дискриминационен критерий за подбор на офертите.

Предвид гореизложеното съдът намира, че тримата визирани специалисти ще изпълняват ключови контролни функции при изпълнение на строителството, гарантиращи точното и качествено изпълнение на поръчката, поради което не може да се приеме, че въведеният критерий за подбор е ограничителен или дискриминационен, несъобразен с характера и обема на обществената поръчка. Доколкото възможността на изпълнителя да осигури кадри с релевантна за изпълнението на поръчката квалификация е предвидена в закон, то упражняването ѝ е в оперативната самостоятелност на възложителя и не представлява ограничаване на конкуренцията и участието в процедурата.

Поставеното изискване от възложителя техническият ръководител на обекта да е „инженер в строителството“ обаче е ограничително, тъй като стеснява кръга на лицата, които съгласно нормативен акт са правоспособни да я заемат. Възложителят е приложил закона стеснително, като по този начин заложеното изискване е довело до необосновано ограничаване на участието на потенциалните лица в процедурата, с което е допуснато нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

С оглед на горното съдът намира за законосъобразен извода на административния

орган по т. 2.1 от решението, че със заложеното изискване към кандидатите възложителят е ограничил участието на по-широк кръг лица в процедурата. Не е обоснована от възложителя необходимостта с оглед предмета на поръчката от участието в изпълнението на кадри именно с професионална квалификация „инженер в строителството“. С оглед на това се установяват предпоставките от фактическия състав на нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане..., в случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, за което е определена финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите разходи по договора с избрания изпълнител.

Споделят се от съда изводите на административния орган по т. 2.2 от решението относно ограничаване на участието на чуждестранни лица в процедурата, квалифицирано като нередност по т. 10, б. „б“ от Раздел I от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата – използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, в случаите, в които стопанските субекти са били възпрепятствани да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка поради основания за отстраняване, критерии за подбор и/или възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които включват необосновани национални, регионални или местни изисквания, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Съгласно чл. 163а, ал. 4 ЗУТ 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 ЗУТ. Други технически правоспособни лица по ал. 2 могат да осъществяват специализирано техническо ръководство на отделни строителни и монтажни работи съобразно придобитата им специалност и образователноквалификационна степен.

По силата на изрична законова разпоредба – чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, извън случаите по ал. 2 техническа правоспособност може да бъде призната на чуждестранно лице при условията на взаимност, установени за всеки конкретен случай, когато притежава диплома, легализирана по съответния ред, и когато отговаря на изискванията на този закон. Такава възможност обаче не е указана от възложителя в документацията на поръчката. Липсва и уточнение, че ще се приемат като изпълнени условията в случаите, когато кандидатът притежава експерт с еквивалентна квалификация.

Необосновани са възраженията на жалбоподателя, че за процесната обществена поръчка не се предвижда участие на чуждестранни лица, а освен това такива не биха проявили интерес предвид прогнозната ѝ стойност. Действително, поръчката не попада в праговете по чл. 20, ал. 1, т. 1, б. „а“ от ЗОП за такива в областта на строителството, за които се изисква съгласно чл. 35, ал. 1 от ЗОП публикуване в „Официален вестник“ на Европейския съюз информация за възлагането и изпълнението на поръчки. За обществени поръчки под посочените в разпоредбата на чл. 20, ал. 1 от ЗОП стойности се допуска възлагането им чрез публично състезание, както е в настоящия случай, или пряко договаряне, за които съответно не се публикува обявлението в Официален вестник на ЕС. Обстоятелството, че възложителят не обявява поръчката в Официален вестник, не е основание да се заключи, че чуждестранни лица следва да бъдат изключени от кръга на потенциалните участници, още по-малко да се правят предположения дали биха имали интерес или не от подаване на оферта.

Липсата на предвидена възможност и указание към чуждестранните лица, че ще се признават за изпълнени условията за квалификация на експертите – технически ръководители, и при наличието на еквивалентна такава, придобита в друга държава, има директен ефект върху достъпа на чуждестранни оператори до участие в процедурата и съответно стеснява техния кръг. Последното намалява конкуренцията при избор на изпълнител и потенциално по-изгодна оферта, доколкото критерият за оценка е „най-ниска цена“.

Поради изложеното настоящият съдебен състав намира, че ограничаването до конкретни условия на националното ниво, води до нарушаване на нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като действа ограничително спрямо потенциални участници, които нямат изисквания опит по ЗУТ, създава предпоставки за намаляване на свободната конкуренция, нарушава принципа на равнопоставеност и недопускане на дискриминация между участниците, а от там пречатства възможността за избор на най-изгодната оферта, което пряко се отразява върху бюджета на Съюза, поради което се явява обосновано основанието за налагане на финансова корекция по тази точка от решението.

Нередността е правилно квалифицирана по т. 10, б. „б“ от Раздел I от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, предвид въвеждането на дискриминационен критерий за подбор, който включва необосновани национални, регионални или местни изисквания. Определената с решението финансова корекция съответства на предвиденото в последната норма.

Следователно, в тази част на решението е установено основанието за определяне на финансова корекция.

С оглед на всичко гореизложено определената финансова корекция, в частта по т. 1, т. 2.3 и т. 3 на Решение № РД-02-36-316/20.03.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договор № 2069/18.08.2022 г. с изпълнител „Информат“ ООД на стойност 175 788,36 лв. без ДДС, или 52 736,51 лв., във връзка с проведена обществена поръчка с предмет: „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ - С. 3. - отделение за лечение на ковид, [населено място]“, е незаконосъобразна. В частта по т. 2.1 и т. 2.2 изводите на ответния административен орган касателно установената фактическа обстановка са правилни и обосновани, съответстващи на материалноправните разпоредби и целта на закона, поради което се споделят от настоящия съдебен състав.

На основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ с процесния административен акт е определена финансова корекция в размер, равен на най-високия процент, приложен за всяко от установените нарушения в акта. Властническото разпореждане на органа обхваща именно последния размер, като липсва отделно такава за всяка от констатираните нередности, поради което на отмяна подлежи целият акт.

По разностите по производство:

При този изход на спора ответникът следва да заплати на жалбоподателя направените по делото разноски на основание чл. 143, ал. 1 от АПК за платена държавна такса (351,57 лв.) и юрисконсултско възнаграждение, което съдът определя на основание чл. 78, ал. 8 ГПК, вр. чл. 144 АПК, вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 200 лева.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, трето отделение, 70 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Министерство на здравеопазването, [населено място], Решение № РД-02-36-316/20.03.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 % от допустимите разходи по договор № 2069/18.08.2022 г. с изпълнител „Информат“ ООД на стойност 175 788,36 лв. без ДДС, или 52 736,51 лв., във връзка с проведена обществена поръчка с предмет: „Текущ ремонт на част от сградата на СБАЛПФЗ - С. 3. - отделение за лечение на ковид, [населено място]“, финансирана със средства по АДФП № РД-02-37-6/20.05.2022 г. по процедура за директно предоставяне № BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“, във връзка с проектно предложение от ИСУН 2020 - № BG16RFOP001-9.001-0002-C01 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройството, [населено място], да заплати на Министерство на здравеопазването, [населено място], направените по делото разноски в размер на 551,57 лева (петстотин петдесет и един лева и петдесет и седем стотинки).

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: