

РЕШЕНИЕ

№ 1775

гр. София, 11.03.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 71 състав,
в публично заседание на 18.02.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Бозуков

при участието на секретаря Десислава В Симеонова, като разгледа дело номер **13309** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр.с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано по жалба на Софийска вода“ АД, с ЕИК[ЕИК], адрес: [населено място],[жк], [улица]. сгр. 2А, представлявано от В. Б. Т. - изпълнителен директор, чрез Ст. мениджър „Правен отдел“ М. Л. Л., срещу Точка 1.2, точка 2 и точка 3 от диспозитива на Решение № РД-16- 1729/30.10.2019 г. на Главния директор на ГД „Европейски фондове и конкурентноспособност“ и Ръководител на управляващия орган на ОПИК при Министерство на икономиката, с което на основание чл. 9, ал. 5, изр. второ, чл. 73 във връзка с чл. 70-72 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, чл. 30 ал. 1, т. 2 от Устройствения правилник на Министерството на икономиката (приет с ПМС № 447 от 23.12.2014 г., обн., ДВ, бр. 108 от 2014 г., поел. изм., ДВ, бр. 42 от 28.05.2019 г., а сила от 1.06.2019 г.), чл. 61 от Административнопроцесуалния кодекс, т. 1 от Решение № 574 на Министерския съвет от 13.07.2016 г. за определяне на управляващ и сертифициращ орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентноспособност“ 2014-2020, Заповед № РД-16-785/17.05.2019 г., изменена със Заповед № РД-16-1459/02.09.2019 г, на министъра на икономиката, чл. 49, ал. 2, т. 1 и чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 2, ал. 2, чл. 59, ал. 2, изречение първо и второ и чл. 59, ал. 3, чл. 64, ал. 1, т. 1, чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 1, т.

З и чл. 112, ал. 2, т. 2 от Закона за обществените поръчки във връзка с т. 11, буква „а“ „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ и т. 17 „Преговори в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка, включително изменение на офертата на избрания изпълнител“, буква „а“ от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27.31.03.2017 г., последни изм. и доп., Д8, бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г.

В жалбата се излагат доводи, че Решението в частите по точка 1.2. точка 2 и точка 3 е постановено в противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона, което представлява основание за отмяната им съгласно чл.34б. т.4 и т.5 АПК. Счита се, че за да достигне до извод, че е налице нарушение, Управляващият орган е приложил неправилно материалния закон, а изводът му не съответствал с целта на закона.

С оглед на изложеното моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт, като незаконосъобразен.

Ответникът – Ръководител на УО на ОП“Иновации и конкурентоспособност“ и и.д.Главен директор на ГД“Европейски фондове и конкурентоспособност“, чрез процесуалния си представител юрк. С., оспорва жалбата като неоснователна по подробни доводи изложени в представените по делото писмени бележки. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

СГП, редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

Съдът, 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:

В резултат на извършена проверка за законосъобразност на възлагане по реда на чл. 20, ал. 3, т. 1 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) „събиране на оферти с обява“ за строителство с предмет „Изпълнение на строително-монтажни работи за ОБЕКТ: Реконструкция на сграда Въздухоудвна" в ПСОВ "К.“ находища се е [населено място], Столична община - район "С.", поземлен имот с идентификатор: 68134.519.15" и сключения в резултат на него Договор № 8149 от 16.01,2019 г. с изпълнител Д. Т. О. на стойност 134 373,07 ла. без ДДС, по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ (АДПБФП) № 8С16КРОР002-3.002-0135-С01 „Повишаване на енергийната ефективност в [фирма] чрез извършване на строително-монтажни дейности за част от сградния фонд и внедряване на нова дифузорна система" с бенефициент в [фирма], по процедура за предоставяне на

безвъзмездна финансова помощ N9 BC16KROP002-3.002 „Повишаване на енергийната ефективност в големи предприятия“, по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 (ОПИК), било установено, че Бенефициентът в [фирма] в качеството си на възложител по ЗОП е допуснал нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), както следва:

Неправомерни критерии за подбор:

1.1, В публикуваната обява за обществена поръчка на стойност по чл, 20, ал. 3 от ЗОП възложителят въвел следните критерии за подбор, които се отнасят до техническите и професионалните способности на участниците:

1.1.1. „Участникът, в случай, че бъде избран за Изпълнител, следва да представи

действащи сключени договори с лице(а), притежаващо(и) документ издаден по реда на

ЗУО за третиране на следните строителни отпадъци: бетон (код-170101);, стъкло (код-170202), смеси от метали (код-170407), желязо и стомана (код 170405) , във връзка с изпълнение на изискванията на Наредба за управление на строителните отпадъци и за влагане на рециклирани строителни материали,

1.1.2. Участникът, в случай, че бъде избран за Изпълнител, следвало да представи

преди подписване на договора, документ издаден му по реда на Закон за управление на отпадъците (ЗУО) за транспортиране на следните строителни отпадъци:

бетон (код-170101); , стъкло (код-170202) смеси от метали (код-170407), желязо и стомана (код 170405) или действащ сключен договор(и) с лице (а) притежаващо (и)

такъв документ.

Към сключените договори участникът следвало да представи и документите, издадени по реда на ЗУО за депониране, третиране и транспортиране на отпадъци,"

От една страна, посочените изисквания не били свързани с обекта на възлагане (изпълнение на строително-монтажни работи), с което била нарушена забраната по чл, ал. 2 от ЗОП да не се включват условия или изисквания, които необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и не били свързани с предмета на обществената поръчка. От друга страна, възложителите нямали право да изискват от участниците да доказват критериите за подбор с информация и документи, които не са посочени в ЗОП (арг. чл, 59, ал. 3 от ЗОП). С въвеждането на изискванията по т. 1.1. възложителят нарушил чл. 59, ал. 2 от ЗОП, тъй като само чрез допустими от Закона критерии за подбор можело да се установи възможността на участниците да изпълнят поръчката.

Така описаните по т. 1.1. отклонения представлявали нарушения (нередност) по смисъла на чл. 1, т. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи

основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г, обн, ДВ, бр. 27.31.03.2017 г, последни изм. и доп., ДВ, бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г. (Наредбата за посочване на нередности) във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 2, ал. 2, чл. 59, ал. 2, изречение първо и второ и чл. 59, ал. 3 от ЗОП, за които предстояло да бъде наложена финансова корекция. Същите УО квалифицирал като нередност по т. 11, буква „а“ „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничавали достъпа на кандидатите или участниците“ от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

1.2. В публикуваната обява за обществена поръчка на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП възложителят бил въвел следния критерий за подбор, който се отнасяли до техническите и професионалните способности на участниците: за наличие на „опит в изграждане или основен ремонт на сграда/и с минимум РЗП от 650 кв, м. за период от 5 години, считано до датата на подаване на офертата“. По отношение на документа, с който се доказва съответствието с този критерий за подбор било посочено, че времевия период на изпълнение на строителството следвало да е в рамките на изискуемия. Видно от чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „а“ във връзка с чл. 64, ал. 1, т. 1 от ЗОП датата, на която е приключило изпълнението следвало да попада в изискуемия период, но не и датата на стартиране на изпълнението на строително-монтажните работи.

Така описаното по т. 1.2. отклонение представлявало нарушение (нередност) по смисъла на чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 2, ал. 2 и чл. 64, ал. 1, т. 1 от ЗОП, за което предстояло да бъде наложена финансова корекция. Същото УО квалифицирал като нередност по т. 11, буква „а“ „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Предвид че не били налице специални правила, приложими за секторните, възложители относно възлаганията по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, така цитираните, нарушени разпоредби в резултат на констатираните отклонения по т. 1, били субсидиарно приложими спрямо „събиране на оферти с обява“, на основание чл. 195 от ЗОП.

Въвеждането на неправомерни критерии за подбор имали разубеждаващ ефект сред потенциалните участници да подадат оферта по обществената поръчка, а това водело до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата, в което именно се изразявало и финансовото отражение на допуснатите нарушения по т. 1. В този смисъл, налице била потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената безвъзмездна финансова помощ със средства от Европейските

структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), тъй като можело да се направи обоснован извод, че при липсата на тези неправомерни критерии за подбор, повече икономически оператори с по-благоприятни за възложителя технически и ценови параметри биха подали оферта.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 5 % за всяко нарушенията по т. 1., поради следните съображения;

Поради естеството на нарушенията по т. 1 не било възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне на размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалният метод. За този тип нередност по буква „а“ на т. 11 допусната при провеждането на поръчка по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, съгласно колона № 4 на приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, се предвиждало финансова корекция в размер на 5 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка.

2. Неправомерно избран изпълнител:

Съгласно раздел „Условия, на които трябва да отговарят участниците“ от публикуваната обява за обществена поръчка на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП за изпълнение на поръчката всеки участник трябвало да разполага с „Технически ръководител, който да има професионален опит като технически ръководител или строителен техник минимум 3 години или еквивалентно“.

От посочената в "Списъка-декларация за квалифицирания инженерно-технически персонал и работници, които ще отговарят за изпълнение на обществената поръчка“, информация по отношение на предложени технически ръководител - инж. М. Р. не можело да се установи по безспорен начин, дали същият отговаря на изискването за професионален опит, тъй като последният не бил описан, а само било посочено следното - „общ професионален опит над 20 години“? без да е описано къде, кога и на каква длъжност е придобит този опит, От декларираната от участника информация не можело да се установи съответствието му с поставения от възложителя критерий за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП (определена професионална компетентност на лицата за изпълнението на поръчката). Въпреки това, същият този участник бил избран за изпълнител, в нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

Допуснатото нарушение имало финансово отражение, тъй като било довело до неправомерно избран изпълнител. В този смисъл, налице била потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената безвъзмездна финансова помощ, тъй като можело да се направи обоснован извод, че за изпълнител би могъл да бъде избран друг участник с по-благоприятни за възложителя технически и ценови параметри,

Така описаното по т. 2. отклонение представлявало нарушение (нередност) по смисъла на чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 и чл. 107, т. 1 от ЗОП, за което предстояло да бъде наложена финансова корекция. Същото било квалифицирано от УО като нередност по т. 14 „Критериите за

подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно" от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 10 % за нарушението по т. 2., поради следните съображения:

Поради естеството на нарушението по т. 2. не било възможно да се определи реалното финансово изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне на размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалният метод. За този тип нередност по буква т. 14, допусната при провеждането на поръчка по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, съгласно колона № 4 на приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, се предвиждало финансова корекция в размер на 10 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка.

3. Неправомерно сключен договор за обществена поръчка, поради: 3.1. непредставена гаранция за изпълнение:

Избраният изпълнител не е представил преди подписване на договора „гаранция за изпълнение в размер на 5 % от стойността на договора", изискуема съгласно т. 6.2, раздел „Друга информация" на публикуваната обява за обществена поръчка на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП.

Управляващият орган счита, че бенефициентът [фирма], в качеството си на възложител не е имал право да сключва договор за обществена поръчка, без да е представена гаранция за изпълнение от кандидата, избран за изпълнител. Непредставянето на гаранция за изпълнение към датата на сключване на договор с **избрания изпълнител в изискуемия размер било еквивалентно на непредставянето на гаранция за изпълнение**. Вместо да откаже сключване на договор, възложителят приел да подпише договор въпреки липсата на предпоставката, визирани в чл. 112, ал. 1, т. 3 от ЗОП. Като резултат от това, че бенефициентът бил сключил договор с участник, който не отговарял на заложените с обявата за обществена поръчка изисквания, както и на изискванията на закона (съгласно чл. 112, ал. 2, т. 2 възложителят не сключва договор за обществена поръчка, когато участникът, класиран на първо място, не представи определената гаранция за изпълнение на договора).

Така описаното по т. 3.1, отклонение представлявало нарушение (нередност) по смисъла на чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2, чл. 112, ал. 1, т. 3 и чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП, за което предстояло да бъде наложена финансова корекция. Същото било квалифицирано едновременно като нередност по т. 17 „Преговори е хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка, включително изменение на офертата на избрания изпълнител", буква „а" и по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно" от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Нарушението било квалифицирано и по т. 14 от приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като сключването на договор за поръчка без да са представени от избрания изпълнител необходимите за това документи имало реален краен резултат,

еднотипен с хипотезата на неправомерно избран изпълнител.

3.2. непредставено доказателство за съответствие с поставен от възложителя критерий за подбор:

Избраният изпълнител не бил представил преди подписване на договора „действащи сключени договори с лице(а), притежаващо(и) документ издаден по реда на ЗУО за третиране на следните строителни отпадъци: бетон (код~170101);, стъкло (код-170202), смеси от метали (код-170407), желязо и стомана (код 170405) , във връзка с изпълнение на изискванията на Наредба за управление на строителните отпадъци и за влагане на рециклирани строителни материали", изискуеми съгласно подточка 6.4,4 на т. 6.4. „ДРУИ документи, представяни преди сключване на договор", раздел „Друга информация" от публикуваната обява за обществена поръчка на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП.

Така описаното по т. 3.2. отклонение представлявало нарушение (нередност) по смисъла на чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2, 67, ал. б, изречение първо и чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, за което предстояло да бъде наложена финансова корекция. Същото било квалифицирано едновременно като нередност по т. 17 „Преговори в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка, включително изменение на офертата на избрания изпълнител", буква „а" и по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или приложени неправилно" от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Нарушението било квалифицирано и по т. 14 от приложение № 1 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като сключването на договор за поръчка без да са представени от избрания изпълнител необходимите за това документи имало реален краен резултат, еднотипен с хипотезата на неправомерно избран изпълнител.

Допуснатите нарушения по т. 3 имала финансово отражение, тъй като били довели до неправомерно сключен договор за обществена поръчка. В този смисъл, налице била потенциална възможност за нанасяне на вреда върху предоставената безвъзмездна финансова помощ със средства от ЕСИФ.

В настоящия случай, следвало да се определи размер на финансова корекция от 10 % за всяко нарушенията по т. 3., поради следните съображения:

Поради естеството на нарушенията по т. 3 не било възможно да се определи реалното финансовото изражение на финансовите последици, поради което, на основание чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при определяне на размера на финансовата корекция за нарушенията следвало да се приложи пропорционалния метод. И за двата типа нередности по т. 14 и т. 17, буква „а", допуснати при провеждането на поръчка по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, съгласно колона № 4 на приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, се предвиждало финансова корекция в размер на 10 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка.

II. С писмо изх. 26-С-479/17.09.2019 г. (кореспонденция 8 ИСУН 2020 с рег. B616KPOP002-3.002-0135-C01-M047 от 17,09.2019 г.) Управляващият орган на ОПИК (УО) бил уведомял бенефициента за установени обстоятелства, които

пораждали съмнение за нарушение, за което предстояло да бъде наложена финансова корекция, както и за правото му да възрази по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. С писмо изх. № СВ-3107/01.10,2019 г. (кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № ВС16КРОР002-3.002-0135-С01-М049 от 01,10,2019 г.) бенефициентът бил представил писмени възражения и документи, съгласно които твърдял, че не са налице констатираните от УО нарушения, както следва:

По отношение на т.1,1,1;

Бенефициентът посочил, че ремонтните дейности по сградата на Въздуходувна централа, предвиждали подмяна на дограма - дейност, свързана с демонтаж на съществуващата метална дограма, включително стъклата, които представлявали строителни отпадъци. Всички тези строителни отпадъци следвало да бъдат извозени от строителната площадка от регистрирани за целта превозни средства и предадени за третиране на оторизирани за целта лица, което било част от строителния процес, респективно попадали в обхвата на договора за строителство, В Закон за управление на отпадъците (ЗУО) и в Наредба за управление на строителните отпадъци и за влагане на рециклирани строителни материали били уредени условията за транспортиране, съхранение и преработка на строителните отпадъци, бенефициентът твърдял, че е включил изисквания към участниците, че в случай, че съответните договори за транспортиране и третиране на съответните строителни отпадъци, за да си гарантира възможността своевременно и законосъобразно да започне строителните работи, за които е сключил договор. Допълнил, че заинтересованите от изпълнението на поръчката кандидати разполагали с достатъчно време от обявяването до подписването на договора да си набавят необходимите документи по това изискване.

По отношение на т. 1.1.3.:

Бенефициентът уточнил, че критерият за подбор бил за опит в „изграждането или основен ремонт на сграда/и с минимум РЗП 650 кв. м., а не „изграждането или основен ремонт на сграда/и с минимум РЗП 1200 кв. м.“. Бенефициентът посочил, че изискването било в списъка да са посочени обекти, които са изпълнени и завършени в предходните 5 години и никъде не било посочено, че в този срок трябва да са стартирали. Уточнението в следващото изречение, касаещо посочване на времеви период на изпълнение на строителството (в рамките на изискуемия) се отнасял за изпълнението и завършването на обектите в рамките на изискуемия период.

По отношение на т. 1.2.:

Бенефициентът посочил, че приложимата към обществената поръчка разпоредбата на чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП (за разлика от сега действаща редакция) не предвиждала представянето на документи за придобития професионален опит, нито пък поставяла изискване да бъде описвано къде, кога и как е придобит този опит. Възразил срещу направената от УО

квалификация на нарушението по т. 13 от Наредбата за посочване на нередности.

По отношение на т. I.3.1.:

Бенефициентът обрна внимание, че гаранцията за изпълнение се представляла съгласно условията на проекта на договор. А съгласно чл. 13 от проектодоговора гаранцията за изпълнение била в размер на 5 % от стойността на договора без непредвидените разходи. Бенефициентът твърди, че максималната стойност на сключения договор, която не може да бъде надвишавана, била посочена в чл. 7 и действително била в размер на 134 373,07 лв., но този текст ясно било посочено, че максималната обща стойност включвала и непредвидените разходи, които са в размер на 5 % от предложената цена за СМР, посочена в ценовата оферта на изпълнителя.

По отношение на т. 1.3.2.:

Бенефициентът посочил, че избраният изпълнител бил представил визираните от УО в т. 1.3.2. доказателства.

УО след като се запознал с представената, с писмо с изх. N9 СВ-3107/17.09.2019 г., информация и анализирал аргументите, съдържащи се в него, изразил следното становище:

УО приел частично възражението, както и доводите, изложени от бенефициента за липсата на допуснати нарушения при възлагането, предвид следните съображения:

По отношение на т. I.1.1.:

УО не приемал доводите на бенефициента, тъй като констатираните нарушения касаели наличието на несвързани с обекта на възлагане и недопустими от приложимия спрямо възлагането нормативен акт, критерии за подбор, а не за несъответстващи на нормативната уредба в областта на строителството изисквания. Констатираните от УО на ОПИК нарушения били установени в рамките на извършена проверка за законосъобразност на проведената обществена поръчка за СМР, като обект на възлагане по смисъла на чл. 3, ал. 1, т. I от ЗОП, а не като проверка на изпълнението на строителните дейности. Така въведените от бенефициента изисквания за представянето на договори за транспортиране и третиране на строителни отпадъци, безспорно не попадало в допустимите от ЗОП критерии за подбор при обект на възлагане СМР. Обстоятелството, че тези договори следвало да се представят от избрания изпълнител, не можело да санира незаконосъобразността на критериите за подбор, които се доказвали с тях, нито тяхната недопустимост като документи за доказване на технически и професионални способности по смисъла на чл. 64 от ЗОП.

По отношение на т. I.1.2.:

УО приел направеното от бенефициента уточнение относно обема РЗП. Допуснатата в писмо изх. 26-О479/17.09.2019 г. техническа грешка при изписването на обема РЗП от критерия за подбор не повлияло по никакъв начин на констатираното от УО отклонение, тъй като същото не било свързано

с изискуемия от възложителя обем на извършени строителни дейности, а с - изискуемия от възложителя период, в който същите следвало да са изпълнени.

УО не приел доводите на бенефициента, тъй като било очевидно, че изразите „период на изпълнение" и „дата на приключване" не били еквивалентни. Общозвестен факт бил, че периодът на изпълнение на определена дейност обхващал времетраенето от започването до приключването ѝ. Същевременно, съгласно чл. 64, ал. 1, т. 1 от ЗОП за доказване на опит участниците възложителите можело да изискат *„списък на строителството, идентично или сходно с предмета на поръчката, придружен с удостоверения за добро изпълнение, които съдържат стойността, датата, на която е приключило изпълнението, мястото, вида и обема, както и дали е изпълнено в съответствие с нормативните изисквания"*. Съгласно цитираната разпоредба достатъчно и необходимо условие, за да се приеме съответната дейност (цялата дейност) за изпълнена в рамките на референтния период съгласно чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „а" от ЗОП, било същата да е приключила в този период, независимо кога същата е стартирала и дали част от нейното изпълнение попада извън него. Видно от самата обява това не било спазено, тъй като в раздел „Технически и професионални способности" изрично било посочено: *„Когато в списъка е посочено обект, чието изпълнение е започнало преди периода, обхващаш предходните 5 години, считано до датата на подаване на оферта за участие, то участникът следва да декларира обема на изпълнената част попадаща в изискуемия период"*.

По отношение на т. I.2.

Доводите, на бенефициента, че съгласно приложимата, към датата на откриване и провеждане на обществената поръчка, редакция на ЗОП възложителят не бил имал право да изисква документи, удостоверяващи придобит професионален опит, били ирелевантни към констатираното от УО. Изборът на изпълнител бил неправилен, не поради непредставени документи, удостоверяващи изискуемия от възложителя опит, а поради липсата на декларираната от участника информация, в резултата на което не можело да се установи съответствието му с поставения от възложителя критерий за подбор. Информацията, която следвало да се декларира, произтичала от дефиницията за „професионалната компетентност" по смисъла на § 2, т. 41 от ДР на ЗОП. Същата обхващала както придобита професионална квалификация, така и професионален опит; *„умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански правоотношения"*. Именно от нея било видно, че за да се удостовери съответствието на предложението от избрания изпълнител технически ръководител с изискуемия от възложителя професионален опит като технически ръководител или строителен техник минимум 3 години или еквивалентно, било необходимо да се декларира къде, кога и на каква длъжност е придобит този опит.

По отношение на т. I.3.1

УО не приел аргументите на бенефициента, че гаранцията за изпълнение се представя съобразно клаузите на договора за поръчка. Гаранцията за изпълнение, в случаите в които възложителят, се е възползвал от предоставената му възможност да постави изискване за такава, се представя на първо място съобразно изискванията на закона. Същата била процент от стойността на договора за поръчка (арг, чл, 111, ал. 2, изречение първо от ЗОП). Именно по този начин било формулирано и изискването на възложителя в т. 6.2, раздел „Друга информация“ на публикуваната обява за обществена поръчка на стойност по чл, 20, ал. 3 от ЗОП (гаранция за изпълнение в размер на 5 % от стойността на договора). В офертата на изпълнителя било посочено следното: *„След като се запознахме и приехме условията на обявата за събиране на оферти за възлагане на поръчка по чл. 20, ал. 3 от ЗОП с горния предмет, включително всички приложения към нея, предлагаме с настоящето да изпълним поръчката в съответствие с техническите спецификации и изискванията на възложителя“.*

Впоследствие, избраният изпълнител бил поставен в по-благоприятно положение спрямо останалите потенциални изпълнители, тъй като той бил представил преди сключване на договора гаранция в размер, по-нисък от изискуемия от възложителя, посочен в обявата, с който се е съгласил като е подал оферта в обществената) поръчка,

По отношение на I.3.2.:

УО приемл доводите на бенефициента, поради което първоначално направената констатация **I.3.2-** следвало да отпадне, поради липс на извършено нарушение, решил 1. приключил иницираната процедура по реда на чл. 70-72 от ЗУСЕСИФ, като следва: 1.1. в частта ѝ относно констатацията по т. 1.3.2, без установено нарушение и без определяне на финансова корекция: 1.2, в частта ѝ относно констатациите по т. 1.1.1., т. 1.1.2., т, 1.2. и т. 1.3.1. сустановено нарушение с финансово отражение, което съставлявало основание по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ за отмяна на предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция.

2. Поради принципа на недопустимост на кумулиране на финансови корекции, вследствие на констатирани нередности по приложение 1 от Наредбата за посочване на нередности, засягащи едни и същи допустими разходи (чл, 7 от същата наредбата), определил финансова корекция по АДПБФП № ВС16КРОР002-3,002-0135-С01, с бенефициент СОФИЙСКА ВОДА АД, съответстваща на най-високия приложим процентен показател, в размер на 10 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по Договор за обществена поръчка № 8149 от 16.01.2019 г. с изпълнител Д. Т. О., възлизаща на 6 046.79 ле. (шест хиляди четиридесет и шест лева и 79 стотинки) максимална стойност.

3. Определеният в т. 2 процентен показател се прилагал за засегнатите от нарушението разходи по Договор за обществена поръчка № 8149 от

16.01.2019 г, с изпълнител Д. Т. О., включени от бенефициента в исканията за плащане.

При така установената фактическа обстановка съдът достига до следните правни изводи:

Разгледана по същество, жалбата е 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:

В оспореното решение се сочи, че финансовата корекция се налага на основание чл.9, ал.5, изр.второ, чл.73 вр. с чл.70-72 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове.

В тази връзка, съдът намира, че оспореното решение е издадено от компетентен орган, оправомощен съгласно заповед на Министъра на икономиката да изпълнява функциите на управляващ орган. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като видно от данните по делото, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция, жалбоподателят е уведомен с писмо, в което подробно е описано констатираното нарушение, като му е даден срок от 10 работни дни да изрази становище и да представи доказателства.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Оспореният административен акт е издаден в изискуемата от закона писмена форма чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатираните нередности във връзка с Реконструкция на сграда "Въздуходувна" в ПСОВ "К." находища се е [населено място], Столична община - район "С.", поземлен имот с идентификатор: 68134.519.15" и сключения в резултат на него Договор № 8149 от 16.01,2019 г. с изпълнител Д. Т. О. на стойност 134 373,07 ла. без ДДС, по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ (АДПБФП) № 8С16КРОР002-3.002-0135-С01 „Повишаване на енергийната ефективност в [фирма] чрез извършване на строително-монтажни дейности за част от сградния фонд и внедряване на нова дифузорна система" с бенефициент в [фирма], по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № 9 ВС16КРОР002-3.002 „Повишаване на енергийната ефективност в големи предприятия", по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност" 2014-2020 (ОПИК).

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. В чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ е предвидено, че решението по, ал. 1 се издава в едномесечен

срок от представянето на възраженията по ал.2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не спори, че изискването на чл. 73, ал 2 от ЗУСЕСИФ е спазено. Оспореният административен акт е издаден в едномесечния срок, така както е предвидено в нормата на чл. 73, ал.3 от ЗУСЕСИФ.

Предвид изложеното, правото на защита на жалбоподателя не е ограничено и в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административно-производствените правила, които да обосновават незаконосъобразност на постановеното решение.

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

Съгласно чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ Управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Според ал.2 от същия член, процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай процедурата по администриране на нередност е започнала по инициатива на управляващия орган. Съгласно чл. 70, ал, 1, т. 9 /нова, приложима в редакция към датата на издаване на акта/ от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: 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 чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че в случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по Закона за управление на средствата от Европейските структурни фондове/Наредбата за посочване на нередностите/, приета с Постановление № 57 на Министерски съвет от 28 март 2017 г. и която Наредба се приема на основание чл. 70, ал. 2 във връзка с чл. 72, ал. 4 и 5, т. 4 от допълнителните разпоредби на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и 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, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми.

За да е налице нередност по смисъла на чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013 е необходимо да е налице: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. 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 жалбоподателя 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.

Спорът по делото е налице ли са вторият и третият елемент на определението, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна. В тежест на административният 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 жалбоподателя по проведената процедура. Относно втория елемент от фактическия състав на нередността — б) действие или бездействие, което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, настоящия съдебен състав намира следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на ЕСИФ може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания, като в случая, макар и не посочено конкретно като основание в обжалваното решение, описанието на нарушението съответства на това по т. 9 [нова, в приложимата му редакция към датата на издаване на акта] от ЗУСЕСИФ, която гласи, че 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 ЕСИФ. Органът е приел, че са допуснати нарушения на националното право посочени в т. 1.2. от диспозитива на Решението, нарушение с финансово отражение по т.1.1.1,1.1.2,1.2., 1.3.1 от констатациите, което според Управляващия орган съставлява основание по смисъла на чл.70. ал.1. т.9 от ЗУСЕСИФ за отмяна на предоставената финансова подкрепа със средства на ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция в т.2 от диспозитива и определил финансова корекция в размер на 10% от предоставената финансова подкрепа по Договор за обществена поръчка № Г

8149/16.01.2019 г., възлизаща на 6 046.79 лв. максимална стойност.

За да установи нарушение по т. 1.1.1 от констативната част. Управляващият орган е приел, че в публикуваната от възложителя обява за възлагане на обществена поръчка с предмет „Изпълнение на строително-монтажни работи за обект: Реконструкция на сграда "Въздуходувла" в ПСОВ "К. находяща се в [населено място], Столична община - район "С.", поземлен имот с идентификатор: 68134.519.15", изискванията избраният за изпълнител участник да има сключени договори за третиране и транспортиране на строителни отпадъци не са свързани с предмета на поръчката от една страна, а от друга, не попадат в допустимите, съгласно Закона за обществените поръчки (ЗОП) критерии за подбор. Управляващият орган квалифицира твърдяното от него нарушение като нередност по т.11, буква „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата).

Съдът счита, че Управляващият орган е приложил неправилно материалния закон, а изводът му не съответства на целта на закона. На първо място, напълно необосновано Управляващият орган е приел, че въведените изисквания не са свързани с предмета на поръчката, както е посочено в обжалваното Решение. Предмет на обществената поръчка са ремонтни дейности, които предвиждат значителни демонтажни дейности, което предполага генерирането на съществено количество строителни отпадъци. Тези дейности следва да се извършват от надлежно легитимирани за целта лица, а липсата на подобна легитимация пречатства своевременното и законосъобразно започване, извършване и приключване на строителните работи, предмет на обществената поръчка, а поставеното изискване е напълно съобразено с предмета на поръчката. Управляващият орган счита също, че поставеното изискване не попада в допустимите от ЗОП критерии за подбор. Този извод на Управляващия орган също не съответства на материалния закон. В чл. 63, ал.1. т.8 от ЗОП е посочено, че възложителят може да изисква от участниците да разполагат с инструменти, съоръжения и техническо оборудване, необходими за изпълнение на поръчката. Видно от формулировката на обсъжданите критерии за подбор, изискванията на възложителя попадат в хипотезата на „техническо оборудване“. Това е така, тъй като изискуемите от възложителя договори са такива, които Законът за управление на отпадъците и релевантната подзаконова нормативна уредба дефинира като задължителен реквизит от техническото оборудване на лицата, боравещи със строителни отпадъци. В тази връзка следва да се отбележи, че съдебната практика последователно и безпротиворечиво приема, че за да е налице „нередност“ по смисъла на закона, следва да са осъществени кумулативно три предпоставки: 1.) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; 2.) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на свързаното с него национално право; 3.) и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза,

като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. В настоящия случай, дори да се приеме, че са изпълнени първите две предпоставки, а именно, че разглежданите критерии за подбор са поставени в непълно съответствие с изискванията на ЗОП, то третата и най-важна предпоставка не е осъществена. Това е така, защото поставените от възложителя критерии за подбор гарантират съответствието на избрания изпълнител с изискванията на закона. Тези изисквания дават гаранция, че избрания изпълнител ще изпълни предмета на поръчката. В случая ако възложителят бе сключил договор с изпълнител, за когото не е доказано, че отговаря на законовите изисквания за извършване на съответната строителна дейност, то неминуемо ще се стигне до по-голям вредоносен резултат. Предвид изложеното заключението на Управляващия орган, че е налице нередност във връзка със заложените от възложителя критерии за подбор, свързани с изискванията на Закона за управление на отпадъците и съответната подзаконова нормативна уредба е в несъответствие с целта на закона, съгласно чл. 146, т.5 АПК.

Относно нарушението по т. 1.1.2 от констативната част на процесното Решение, Управляващият орган е приел, че за да бъде приета съответната дейност за изпълнена в рамките на съответния референтен период съгласно чл.63, ал. 1, т. 1 буква „а“ от ЗОП, достатъчно и необходимо условие е същата да е приключила в този период, независимо кога е стартирала, дори част от нейното изпълнение да попада извън него. Съдът счита, че този извод на Управляващия орган е в противоречие с материалноправни разпоредби, което съставлява отменително основание съгласно чл.146, т.4 АПК. По прилагането на разпоредбата на чл.63, ал.1. т.1 буква „а“ от ЗОП е формирана трайна практика, както от Комисия за защита на конкуренцията, така и от Върховния административен съд. Общото разбиране е, че съгласно чл. 63, ал. 1, т. 1,б. "а" от ЗОП, възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество, както и може да изисква от кандидата или участника - да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, най-много за последните 5 години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за строителство - в този смисъл Решение №15958 от 22.12.2017 г. на ВАС по адм. д. № 12724/2017 г. В настоящия случай възложителят е формулирал изискването си както следва: *„Всеки участник трябва да има опит в изграждане или основен ремонт на сграда/и с минимум РЗП 1200 кв.м. за период от 5 години, считано до датата на подаване на офертата а изискването му за доказване се отнася именно за период, обхващащ предходните 5 години.* Така формулирано, изискването на възложителя е напълно съобразено с изискванията на ЗОП, а и с формираната практика по прилагането на закона. С оглед изложеното, съдът счита, че тълкуването, което е направил Управляващият орган е неправилно, тъй като противоречи на материалния закон.

За да установи нарушение по т. 1.2 от констативната част, Управляващият орган е приел, че изборът на изпълнител по обществената

поръчка е неправомерен поради липса на декларирана от участника информация, в резултат на което не може да се установи дали съответства на поставения от възложителя критерий за подбор. Управляващият орган квалифицира твърдяното от него нарушение като нередност по т. 14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

Този извод на Управляващия орган е напълно необоснован. Видно от събраните по делото доказателства, избраният за изпълнител участник е изпълнил точно изискването, посочено в обявата във връзка с доказване на съответствието му с поставения критерий за подбор, като е представил списък- декларация с посочени имена и специалност/ квалификация на лицата, които ще бъдат ангажирани при изпълнението на обществената поръчка, съгласно изиекванията на възложителя. Също така, следва да се отбележи, че квалификацията, дадена от Управляващия орган е неправилна и не съответства на действителната фактическа обстановка. За да е налице нередност по смисъла на т. 14 от Приложение №1 към чл.2. ал.1 от Наредбата, следва критериите за подбор или техническите спецификации да са променени или да са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което да е определен за изпълнител кандидат или участник, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации, или да е отстранен кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени. Видно от приобщените по преписката доказателства, нито една от посочените хипотези не е осъществена - няма неправомерно отстранен участник, нито участникът, определен за изпълнител да не отговаря на критериите за подбор. Управляващият орган цитира дефиницията, дадена на понятието „професионална компетентност” в пара.2. т.41 от ДР на ЗОП. В пълно съответствие с цитираната дефиниция, възложителят е изискал, а участникът, избран за изпълнител, е посочил данни за образованието на техническия ръководител и годините професионален опит. Тълкуването на Управляващия орган за обема информация, която следва да се представи за удостоверяване на съответствието с критерия за подбор по смисъла на цитираната дефиниция, не намира опора в закона. Чл. 64, ал.1, т.6 ЗОП (в редакция към момента на сключване на договора за обществена поръчка) гласи, че за доказване на професионалните способности на кандидатите или участниците се представя списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, и/или на членовете на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението, в който е посочена професионалната компетентност на лицата. Съгласно чл. 59, ал.3 ЗОП възложителите нямат право да изискват от кандидатите или участниците други документи за доказване на съответствие с поставените критерии за подбор, освен посочените в този закон. Предвид изложеното, изводът на Управляващия орган, че възложителят е следвало да изиска, а изпълнителят да представи документ в обем или съдържание по-различни от определените в чл.64. ал.1, т.6 ЗОП. противоречи на закона, а оттам констатацията, че е налице нередност също е незаконосъобразна.

За нарушението по т. 1.3.1 от констативната част на Решението, Управляващият орган е приел, че избраният изпълнител е представил гаранция в размер по-нисък от изискуемия от възложителя, което го поставило в по-благоприятно положение спрямо останалите потенциални изпълнители. Управляващият орган квалифицира твърдяното от него нарушение като нередност по т.17 и по т. 14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата.

И този извод на Управляващия орган е напълно необоснован и в противоречие както с приобщените към преписката документи, така и с материалния закон. На първо място, Управляващият орган сочи, че в т.6.2. раздел „Друга информация“ от публикуваната обява възложителят е формулирал изискванията към размера на гаранцията за изпълнение. Цитираната точка гласи следното: *„Преди подписване на договора, определеният за изпълнител представя гаранция за изпълнение в размер на 5% от стойността на договора, съгласно условията на проекта на договора.“* Съгласно чл. 24 от Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки (ППЗОП) - в редакцията му, действаща към момента на провеждане на обществената поръчка, а и понастоящем, възложителят е длъжен да публикува на Профила на купувача документите за всяка обществена поръчка, включително документацията за обществената поръчка. Документацията за обществената поръчка съдържа задължително проекта на договор (чл.31. ал.1, т.5 ЗОП). Съгласно изискванията на ППЗОП документацията за обществената поръчка се публикува едновременно с обявата за откриването ѝ. Видно от писмените доказателства по преписка, на купувача по обществена поръчка са изпратени документи, включително проектът на договор, които са публикувани заедно с обявата за откриване на поръчката. Следователно, от момента на откриване на обществената поръчка всички заинтересовани лица са били наясно относно размера и условията на гаранцията за изпълнение, предвид което изводът на Управляващия орган, че избраният изпълнител е поставен в по-благоприятно положение от останалите потенциални изпълнители е напълно неоснователен. На следващо място следва да се отбележи, че съгласно чл. 112, ал. 4 от ЗОП. договорът трябва да съответства на проекта на договор, приложен в документацията. Възложителят е спазил и това изискване на закона, като е сключил договор с избрания изпълнител, който напълно съответства на проекта на договор, приложен в документацията, включително по отношение определената гаранция за изпълнение. Не на последно място следва да се посочи, че квалификацията, дадена от Управляващия орган на твърдяната от него нередност, е неправилна. Посочените от Управляващия орган точки 17 и 14 от Приложение №1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата касаят преговори в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка, включително изменение на офертата на избрания изпълнител (т. 17) или критерии за подбор (т.14). От събраните по преписката доказателства безспорно се установява, че преговори не е имало, нито пък офертата на избрания за изпълнител участник е била променяна, а още по-малко би могло да се твърди, че е осъществена някоя от хипотезите на т.14. доколкото размерът на гаранцията

за изпълнение изобщо не е критерий за подбор. С оглед изложеното, съдът счита, че изводът на Управляващия орган, че е налице нередност при сключване на договора с избрания изпълнител по повод представената гаранция за изпълнение за необоснован и постановен в нарушение на материалния закон.

Отделно от това за да прецени дали констатираното в решението нарушение на разпоредби на национално или съюзното законодателство, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект е нередност по смисъла на правото на ЕС и основание за налагане на финансова корекция, съдът съобрази следното:

Дефиниция за „нередност“ е дадена в чл.2, т.7 от Регламент №1083/2016, съгласно която „нередност“ е всяко нарушение на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало за последица, нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно посочената легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“, следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна:

- 1.Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект;
- 2.Доказано нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет;
- 3.Доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

При анализ на съюзното и националното право в разглежданата материя се налага изводът, че не всяко нарушение на разпоредба на националното или съюзното законодателство, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект е „нередност“ по смисъла на правото на ЕС и основание за налагане на финансова корекция. За да се направи извод за наличие на основание за определяне на финансова корекция, следва да се мотивира и финансовото отражение на нарушението. Евентуалната невъзможност за определяне на количественото изражение на вредата/действителна или потенциална/ не изключва задължението на ответника, управляващия орган да се произнесе по този въпрос.

Изхождайки от легалната дефиниция на понятието нередност, се налага извода, че не всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект е „нередност“ по смисъла на чл. 2, т. 7 от Регламент №1083/2016 и е основание за налагане на финансова корекция, а само такава, което има или би имало финансово отражение.При определяне на финансовата корекция се вземат предвид: характерът и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение от друга.Тоест нарушението стои в причинно-следствена връзка с вредата, резултата-нарушаване на общия бюджет на Общностите или на бюджетите управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

В оспореното решение не е изследван въпроса за финансовата вреда или възможност за понасяне на такава. Липсват мотиви нанесена ли е финансова вреда на Съюза или има опасност, възможност за нанасяне на вреда върху бюджета на ЕС, която да е в пряка и непосредствена причинно-следствена връзка с нарушението.

Съгл. чл.72, ал.1 и 2 ЗУСЕСИФ, административният орган е длъжен да мотивира, финансовото отражение на допуснатото нарушение върху средствата от ЕСИФ, тъй като размерът на финансова корекция трябва да е равен на негативното финансово отражение на нарушението (макар в някои случаи да не се изисква точното му количествено измерване, чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ).

Съгл. чл. 1, т. 1 от Наредбата, тя посочва само случаи, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ)”.

В оспорвания акт, съвсем оскъдно е посочено: „Допуснатите нарушения имат финансово отражение“, но не са посочени каквито и да било мотиви относно наличието на финансово отражение, поради което същият е немотивиран.

Когато констатираното нарушение няма и не би имало финансово отражение, няма нередност и не се извършва финансова корекция. Следователно, административният орган е длъжен във всеки случай да изложи мотиви относно наличието или липсата на финансово отражение на нарушението, неговото естество и, евентуално на неговия конкретен размер, ако същият може да бъде изчислен. Извършването на нарушение не презюмира финансово отражение върху ЕСИФ, включително потенциално такава, още по-малко - пряка причинно-следствена връзка между нарушението и реалната или потенциална вреда. Противното би обезсмислило наличието на третия елемент в дефиницията на “нередност”. Дори да се приеме, че бенефициентът е извършил твърдяното нарушение, то това нарушение няма абсолютно никакво негативно финансово отражение нито върху бюджета на ЕС, нито върху националния бюджет. Негативно финансово отражение би имало само тогава, когато (по арг. от чл. 50, ал. 1 ЗУСЕСИФ), в резултат на нарушаване на принципите на свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, са извършени неправомерни разходи - разходи, които е могло да не бъдат извършени или е могло да бъдат извършени в по-малък размер. Например, бил е незаконосъобразно отстранен кандидат, който би изпълнил със същото качество, но за по-ниска цена; била е ограничена конкуренцията, което е възпрепятствало сравняването на по-голям брой оферти и пр.

Съгласно чл. 5, ал. 2 от Наредбата, при прилагане на пропорционалния метод за определяне на финансова корекция, какъвто е настоящият случай, „при определянето на финансовото отражение на нарушението се съпоставят разходите в рамките на предоставената безвъзмездна финансова помощ по договора, извършени след възникване на нарушението, и хипотетичният размер на разходите в ситуация, в която не е имало нарушение“. Т.е. административният орган е бил длъжен да отговори на въпроса, какви биха

били финансовите последици за проекта, респективно - за средствата от ЕСИФ, в случай на отстраняване на офертата, прекратяване на процедурата и повторното ѝ провеждане с цел сключване на договор, и да съпостави тези разходи с разходите по сключения договор.

В нарушение на приложимите административно-производствени правила, такава съпоставка не е извършена.Нарушението е съществено, защото ако беше извършена, административният орган можеше да достигне до извода за липса на негативно финансово отражение.

Според съдът в случая не беше доказана от страна на ответника „нередност“ по смисъла на цитирания по горе Регламент и Наредба.Горното обосновава извод за незаконосъобразност на обжалвани акт, поради неправилно приложение на материалния закон и противоречие с целта на закона. Въпреки формално изпълнената процедура по налагане на корекцията/установяване на нарушението, възможност за възражение, съставяне на акт/, органът не е събрал доказателства за всеки от елементите на фактическия състав, доказана вреда и причинно-следствена връзка с нарушението, както и при липса на доказано финансово отражение.

По изложените съображения съдът намира, че определената с атакувания акт финансова корекция се явява незаконосъобразна, жалбата - основателна и следва да бъде уважена с произхождащите от това правни последици.

По разноските по производството:

Жалбоподателят не претендира разноски по делото.

Водим от горното Административен съд Варна

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на Софийска вода“ АД, с ЕИК[ЕИК], адрес: [населено място],[жк], [улица]. сгр. 2А, представлявано от В. Б. Т. - изпълнителен директор, чрез Ст. мениджър „Правен отдел“ М. Л. Л.. Точка 1.2, точка 2 и точка 3 от диспозитива на Решение № РД-16- 1729/30.10.2019 г. на Главния директор на ГД „Европейски фондове и конкурентноспособност“ и Ръководител на управляващия орган на ОПИК при Министерство на икономиката, с което на основание чл. 9, ал. 5, изр. второ, чл. 73 във връзка с чл. 70-72 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, чл. 30 ал. 1, т. 2 от Устройствения правилник на Министерството на икономиката (приет с ПМС № 447 от 23.12.2014 г., обн., ДВ, бр, 108 от 2014 г., поел. изм., ДВ, бр. 42 от 28.05.2019 г., а сила от 1.06.2019 г.), чл, 61 от Административнопроцесуалния кодекс, т. 1 от Решение № 574 на Министерския съвет от 13.07.2016 г. за определяне на управляващ и сертифициращ орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентноспособност" 2014-2020, Заповед № РД-16-785/17.05.2019 г., изменена със Заповед № РД-16-1459/02.09.2019 г, на министъра на икономиката, чл. 49, ал. 2, т. 1 и чл, 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2, чл. 2, ал. 2, чл. 59, ал, 2, изречение първо и второ и чл.

59, ал. 3, чл. 64, ал. 1, т. 1, чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 1, т. 3 и чл. 112, ал. 2, т. 2 от Закона за обществените поръчки във връзка с т. 11, буква „а“ „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ и т. 17 „Преговори в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка, включително изменение на офертата на избрания изпълнител“, буква „а“ от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27.31.03.2017 г., последни изм. и доп., Д8, бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването на страните.

СЪДИЯ: