

РЕШЕНИЕ

№ 27226

гр. София, 16.12.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 44 състав,
в публично заседание на 26.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **8267** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.), вр. чл. 145 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на Министерство на здравеопазването, подадена чрез юрк. Р., срещу Решение № РД-02-14-1252/26.07.2024 г. на ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ /РУО – ОПРР/ 2014-2020.

Релевират се доводи, че оспореното решение е незаконосъобразно, тъй като е постановено при неправилно тълкуване и прилагане на материалния закон, немотивираност акта по смисъла на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Излагат се подробни съображения за липса на осъществено нарушение, респ. липса на един от трите кумулативни елемента на фактическия състав на нередността, както и на вреда върху бюджета на общността. Застъпва се тезата, че участникът „САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР“ ДЗЗД, чрез „СТОП ИНВЕСТ“ АД, не е доказал наличие на опит идентичен или сходен с предмета на обособени позиции № 1, 4, 10, тъй като видно от представените констативни актове обр. 15, последното дружество не е изпълнило самостоятелно всички строително-монтажни дейности /СМР/, а 95 % от тях. Според жалбоподателя изразът „с предмет и обем“ ясно посочва, че участниците следва да са изпълнили най-малко една дейност /строителство/ в описания предмет и обем, а не че участниците следва да са участвали в изпълнението на най-малко една дейност /строителство/ с описания предмет и обем, каквото е заключението на РУО. Релевират

се допълнителни аргументи свързани с приложимостта на конкретни разпоредби от Наредба № 3 от 31.07.2003 г., като се счита, че опитът, който следва да бъде доказан от един участник е опит, като строител по смисъла на ЗУТ и приложимата нормативна уредба, при изпълнението на дейност /строителство/ с предмет и обем, идентични или сходни с посочените изисквания, т.е. строителството следва да е изпълнено самостоятелно от участник, а не същият да е участвал в изпълнение на някакви строителни дейности съвместно с други стопански субекти в рамките на ДЗЗД „Тракия спортни площадки“. В тази връзка се сочи, че горното изискване е относимо към предмета на ОП, тъй като с него се възлага изпълнение на отделни строежи от Първа група, Четвърта категория и участниците следва да докажат придобит опит като строители, със съответните отговорности произтичащи от чл. 163, ал. 2, т. 1-6 от ЗУТ. В заключение се изтъква, че в случая не е налице елемент от фактическия състав на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, тъй като липсва доказано нарушение, респ. не е обоснован размера на вредите, произтичащи от установеното с акта нарушение на разпоредбите на чл. 107, т. 1 във вр. чл. 59, ал. 6 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП. Претендира се отмяна на решението на РУО и присъждане разноски по делото.

В съдебно заседание оспорващият, чрез юрк. Р., поддържа жалбата и моли за уважаването ѝ, като бъдат присъдени сторените разноски, включително и за юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - ръководител на Управляващия орган (РУО) на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 (ОПРР), чрез юрк. Д., оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Релевира към подробно изложени съображения в писмено становище /л.425-437/. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител, не изразява становище по жалбата.

По делото е приета без оспорване от страните административната преписка по издаване на обжалваното решение.

Административен съд – София-град, Трето отделение, 44 -ти състав, след преценка на събраните по делото доказателства и като взе предвид становищата на страните, намира за установено следното от фактическа страна:

Министерството на здравеопазването е бенефициер по сключен с МРРБ, в качеството му на УО на ОПРР 2014-2020 г., Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № РД-02-37-98/23.10.2018 г. /л. 86-102/ за изпълнение на проектно предложение № BG16RFOP001-4.001-0001 „Подкрепа за развитие на системата за спешна медицинска помощ“, като е предоставена БФП /100 %/ в максимален размер до 163 502 132,68 лева.

На 20.07.2022 г. с решение № РД-11-284 /л. 137 и сл./, издадено от министъра на здравеопазването, е открита обществена поръчка чрез публично състезание за строителство с предмет: „Извършване на строително-монтажни работи за нуждите на структурите на спешната помощ на територията на ЮГОИЗТОЧЕН, ЮГОЗАПАДЕН и ЮЖЕН ЦЕНТРАЛЕН район за планиране, в изпълнение на проект „Подкрепа за развитие на системата за спешна медицинска помощ“ по ОПРР 2014-2020“ по 16 обособени позиции /ОП/, като процесните по делото ОП са с № 1 с предмет "Извършване на строително-монтажни работи за нуждите на ФСМП-Несебър и ФСМП-Айтос"; № 4 с предмет "Извършване на строително-монтажни работи за

нуждите на ФСМП-Сунгурларе" и № 10 с предмет "Извършване на строително-монтажни работи за нуждите на ФСМП- И. и ФСМП-С.". Със същото са одобрени обявлението и документацията за участие /л. 106 и сл./. Обществената поръчка е с уникален номер в РОП на АОП № 00080-2022-0036, публично достъпен на адрес: <https://app.eop.bg/today/220886>.

Съгласно обявлението за обществената поръчка е дадена следната информация за обособените позиции:

В раздел III.1.3 от обявлението /л. 147/ са оповестени минималните изисквания за технически и професионални възможности към кандидатите, като в т. 3 е посочено, че „Участниците в процедурата, следва да са изпълнили през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, най-малко една дейност (строителство) с предмет и обем идентични или сходни с предмета на обособената позиция. При поискване в хода на процедурата в случаите на чл. 67, ал. 5 и чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП или преди сключване на договора, участникът избран за изпълнител следва да представи: 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. Съответствието с поставения критерий се удостоверява в част IV, буква „В“ от еЕЕДОП.“

В Забележки е посочено следното:

За „Изпълнено строителство“ се счита строеж/обект, за който има съставен и подписан Констативен акт обр. 15, за което участникът следва да посочи в ЕЕДОП вид, № и дата на съответния документ, както и категорията на изпълнения строеж“.

Под „дейност (строителство), сходна с предмета и обема на поръчката“ следва да се разбира изпълнение на строителство, което включва изпълнение на строеж/и с категория не по-ниска от IV -та. Строежът/ите могат да бъдат ново строителство и/или, пристрояване и/или реконструкция и или основен ремонт на една или повече жилищни сгради и/или сгради за обществено обслужване и/или смесени сгради.

Под „дейност (строителство) идентична с предмета и обема на обособената позиция“ следва да се разбира изпълнението на строителство, което включва изпълнение на строеж/и с категория не по-ниска от IV –та. Строежът/ите могат да бъдат ново строителство и/или, пристрояване и/или реконструкция и/или основен ремонт на една или повече сгради за извънболнична и/или болнична медицинска помощ.

На 01.09.2022 г. от помощната комисия към възложителя, назначена със Заповед № РД-11-350/26.08.2022 г., изменена със Заповед № РД-11-430 от 21.10.2022 г., са разгледани документите на участниците в процедурата за съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор, резултати от която са обективирани в Протокол № 1 от 01.09.2022 г. / л. 183 и сл./.

Комисията констатира, че по отношение на изискванията за опит, в представеният ЕЕДОП участникът ДЗЗД „САИУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР“, с участници в обединението „КОРЕКТ ИНВЕСТ-2012" ЕООД 99 % и „СТОП ИНВЕСТ" АД -1%, е посочило информация за един обект, както следва: „Основен ремонт на сгради за обществено обслужване по Договор № BG16RFOP001-1.032-0002-C0-S-06/29.06.2017 г. с предмет „И. проектиране, изпълнение на СМР и авторски надзор по проект Основно обновяване на сграден фонд и прилежащи дворове в образователната инфраструктура в [община], с 3

обособени позиции." Относно изпълнението на дейността участникът е предоставил следната информация: „Изпълнител: „ТРАКИЯ СПОРТНИ ПЛОЩАДКИ" ДЗЗД със съдружници „Стор Инвест" АД, „ГЕОЛандс" ЕООД и „Изоглас строй" ЕООД. „Стор Инвест" АД - партньор в ДЗЗД отговорен за изпълнението на 95% от всички СМР на обекта с РЗП-15 533.99 М2. "

След разглеждане на представената информация комисията установява, че участникът доказва, че през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, е изпълнил най-малко една дейност (строителство) с предмет и обем идентични или сходни с предмета на обособената позиция чрез дружеството „Стор Инвест" АД, чието участие в строителството на горепосочения обект е 95 %, от което не може да се направи извода, че това юридическо лице притежава опит идентичен или сходен с предмета на поръчката (строителство).

Като взема предвид обстоятелството, че изискването на възложителя е участниците да са изпълнили най-малко един обект строителство идентично или сходно със строителството по обособени позиции № 1, 4 и 10, т.е. в цялост, то това означава, че обектът трябва да е изпълнен самостоятелно от лицето, което доказва опита, за да се установи такъв. За комисията не става ясно как посоченият от участника обект, покрива поставения критерий за подбор, тъй като изпълнението на обекта е от „ТРАКИЯ СПОРТНИ ПЛОЩАДКИ" ДЗЗД, а не от участника в ДЗЗД „САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР " - „СТОР ИНВЕСТ" АД. В тази връзка комисията не приема посочената дейност за опит, идентичен или сходен с предмета на поръчката в обхвата (предмет и обем) посочен от възложителя.

Предвид тези констатации комисията указва на участника да представи нов обект, с който да удостовери наличието на опит, съответстващ на поставения от възложителя критерий за подбор, съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

В изпълнение на горните указания ДЗЗД „САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР" представя допълнително ЕЕДОП, в който предлага нов обект по ОП № 1, 4 и 10, с който да покрие поставеното от възложителя изискване за опит, а именно: „Реконструкция и обновяване на 6 обекта от образователната инфраструктура на [населено място] - ДГ „Р. К. ", ДГ „Славейче", ДГ „Звездици", ДГ „Слънчево детство", ОУ „И. Й. В." и ПГПЧЕ „Е. Й." по обособени позиции" по ОП 1 „ДГ „Р. К." - реконструкция и обновяване с мерки за енергийна ефективност и съоръжения за игра ". Във връзка с посочения обект е предоставен договор за създаване на обединение от 20.04.2018 г., Анекс към договора от 02.05.2019 г., Констативен акт обр. 15 и разяснителна записка /л. 440 и сл./.

От предоставените документи за създаване на обединение се установява, че в същото участват „СТОР ИНВЕСТ" АД и „Строително компания 13" ЕООД с равни дялове (50%), а съгласно Анекс към договора от 03.05.2019 г., разпределението на дяловете е променено и „СТОР ИНВЕСТ" АД разполага с 99,99 % от дяловете, а „Строителна компания 13 " ЕООД с 0,01 % от дяловете.

На 20.12.2022 г. е изготвен протокол № 2 по чл. 181, ал. 4 от ЗОП /л. 191 и сл./. В протокола комисията в т. 3 описва, че нито в представения договор, нито в анекса към него е посочено разпределението на дейностите на двете дружества при изпълнение на договора. Тази информация не е видна и от Констативен акт 15 от 22.11.2019 г., издаден по посочения обект. При извършена проверка от страна на комисията е констатирано, че и двамата участници в сдружението са регистрирани в

ЦПРС. В допълнение, в Констативен акт 15 от 22.11.2019 г., като строител на обекта е посочено обединението ДЗЗД "Тракия Инженерни Системи". Също така, комисията констатира, че описаните изпълнени дейности не представляват реконструкция, а представляват текущ ремонт.

С оглед горните констатации Комисията предлага, на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП, участникът ДЗЗД „САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР“ да бъде отстранен от участие в процедурата по ОП с № 1, 4 и 10, тъй като не отговаря на поставения критерий за подбор „участниците да са изпълнили по най-малко една дейност /строителство/ с предмет и обем идентични или сходни с предмета на обособената позиция“.

На 19.12.2022 г. е постановено Решение № РД-11-529 /л. 204/, с което е обявено класирането на участниците в поръчката по обособени позиции и са определени за изпълнители участниците, класирани на първо място, а именно: по ОП № 1 – „ДИЕЛ ТРЕЙД“ ЕООД, по ОП № 4 – Кооперация „Синвекс“ и по ОП № 10 – „ДИЕЛ ТРЕЙД“ ЕООД. Съгласно т. III, подт. 5 от решението, на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП, е отстранен от участие по процедурата ДЗЗД „САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР“ относно ОП № 1, 4 и 10 с мотив, че не отговаря на поставения критерий за подбор „участниците да са изпълнили по най-малко една дейност /строителство/ с предмет и обем идентични или сходни с предмета на обособената позиция“.

Процедурата е финализирана със сключване на договори, както следва:

- За обособена позиция № 1: Сключен договор № BG16RFOP001-4.001-0001-C01- S-100 (РД-11-216)/10.04.2023 г. с изпълнител "Диел Трейд" ЕООД, на стойност 467 125,34 лв. без ДДС, с предмет: "Извършване на строително-монтажни работи за нуждите на ФСМП-Несебър и ФСМП-Айтос";

- За обособена позиция № 4: Сключен договор № BG16RFOP001-4.001-0001-C01- S-105 (РД-11-280)/15.05.2023 г. с изпълнител Кооперация "Синвекс", на стойност 417 498,09 лв. без ДДС, с предмет: "Извършване на строително-монтажни работи за нуждите на ФСМП-Сунгурларе";

- За обособена позиция № 10: Сключен договор № BG16RFOP001-4.001-0001-C01-S-103 (РД-11 -219)/10.04.2023 г. с изпълнител "Диел Трейд" ЕООД на стойност 471 334,58 лв. без ДДС, с предмет: "Извършване на строително-монтажни работи за нуждите на ФСМП- И. и ФСМП-С."

УО е започнал процедура за администриране на нередност, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, по инициатива на управляващия орган е регистриран сигнал за нередност № 2515 във връзка с осъществен последващ контрол за законосъобразност на възлагане чрез публично състезание по реда на чл. 18, ал. 1, т. 12 от ЗОП, финализирано със сключване на възлагателни договори по ОП № 1, 4 и 10.

От работния екип е изготвен Контролен лист / л. 38 и сл./, съгласно който е установено 1 бр. нарушение за ОП № 1, 4, и 10, което има финансов ефект.

На 01.07.2024 г. /л. 32 и сл./ РУО на ОПРР 2014-2020 уведомява Министерство на здравеопазването за установени нередности за следното нарушение: чл. 107, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 6 и чл. 2. ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

На 12.07.2024 г. /л. 29 и сл./ МЗ представя възражение.

РУО приема за неоснователни възраженията на бенефициера и с оспореното в настоящото производство решение налага финансова корекция на МЗ в размер на 321 947,18 лв. с ДДС, представляваща 25 % от безвъзмездната финансова помощ по договори с № РД-11-216/BG16RFOP001-4.001-0001-C01-S-100 от 10.04.2023 г. с

изпълнител "ДИЕЛ ТРЕЙД" ЕООД; договор № РД-11-280/BG 16RFOPOO1-4.001-0001-C01-S-105 от 15.05.2023 г. с изпълнител Кооперация "Синвекс" и договор № РД-11-219/BG16RFOPOO1-4.001-0001-C01-S-103 от 10.04.2023 г. с изпълнител "ДИЕЛ ТРЕЙД" ЕООД. В решението е прието, че е налице нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 6 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т.14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е отстранен кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или технически спецификации са били спазени“ от приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС №57/2017 г.

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

Жалбата е подадена в законоустановения 14-дневен срок за обжалване, съобразно чл. 149, ал. 1 от АПК, от активно легитимирана страна-адресат на акта, при наличието на правен интерес от търсената защита срещу годин за обжалване административен акт, пред компетентния съд, поради което е процесуално допустима. Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

Основанията за оспорване на административните актове са посочени в чл. 146 от АПК – липса на компетентност, неспазване на установената форма, съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

Съдът намира за необходимо изрично да уточни, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) (ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Ето защо за настоящото съдебно производство, доколкото същото е с предмет административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя

по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II 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 ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройство, който със Заповед № РД-02-14-525/23.04.2024 г. /л. 14-16/ е оправомощил Ю. Й. – В. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройство да изпълнява функциите на ръководител на УО на Оперативна програма "Региони в растеж" /ОПРР/ 2014-2020 г.

От изложеното следва, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, в кръга на неговите правомощия.

В настоящият случай, установената от закона писмена форма е спазена, а оспореният акт е мотивиран, като са посочени както фактическите, така и правни основания за неговото издаване. Същият съдържа изискуемите от нормата на чл. 59, ал. 2 от АПК реквизити. В тази връзка неоснователно в жалбата се изтъква, че Решението за определяне финансова корекция е немотивирано. РУО е извършил анализ на вида възлагане, нарушената национална разпоредба, квалифицирал е нередността и е определил размер на финансова корекция при дадената дефиниция за нередност по смисъла на чл.2, т. 36 от Регламент /ЕС/ №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, като е изложил и конкретни мотиви защо финансовата корекция се определя по пропорционалния метод.

В производството по издаване на акта не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

В съответствие с принципа на правната сигурност законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция, РУО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото е безспорно, че на жалбоподателя е била предоставена такава възможност и същият е упражнил правото си да направи възражения. Същите са подробно обсъдени в процесния акт.

По приложението на материалния закон съдът намира следното:

Основанията за определяне на финансова корекция са нормативно установени в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ /сега ЗУСЕФСУ/, като в конкретния случай от ръководителя на УО се сочи наличието на основанията по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ – 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /сега ЗУСЕФСУ/, нередностите по ал. 1, т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ е 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 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г., изм. и доп., бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 6.03.2020 г., доп., бр. 102 от 23.12.2022 г., в сила от 23.12.2022 г. /Наредбата/.

Приложими актове от законодателството на ЕС са Регламент /ЕС/ № 1303/2013 и Директива 2004/18/ЕО, в хипотезата на неправилното й, неясно или неточно приложение. Приложение намира и Решение от 26.05.2016 г. на Съда на ЕС постановено по обединени дела C-260/14 и C-261/14.

Съгласно разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския съюз и на Съвета легалното определение за нередност 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."

Видно от съдържанието на нормата на чл. 2(36) от Регламент 1303/2013 г., същата изисква наличието на три предпоставки, които следва да бъдат осъществени и доказани, за да е налице нередност. Първата предпоставка е нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба. Втората е това нарушение да произтича от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове. Третата предпоставка е нарушението да има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход.

В настоящия случай, страните не спорят относно установената с решението фактическа обстановка.

Не е спорно по делото, че жалбоподателят е икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове. Спорът е концентриран върху отговор на въпроса налице ли са вторият и третият елемент от фактическия състав на нередността.

В процесния случай финансовата корекция е наложена на жалбоподателя с аргумент за незаконосъобразно отстранен участник в процедурата касаеща ОП № 1, 4 и 10, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор са били спазени – извършено е нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП. За да достигне до този извод РУО е описал специфичните изисквания, съдържащи се в поставените в обявлението за обществена поръчка и Документацията за участие критерии за подбор, по специално критерия за технически и професионални способности по чл. 63, ал. 1, т. 1, б. „а“ от ЗОП и е извършил анализ на съдържанието на заявлението за участие с представени първоначално ЕЕДОП от участник ДЗЗД „САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР“ и участващите в обединението стопански субекти „Стор Инвест“ АД и „Корект Инвест 2012“ ЕООД и допълнително представени с нови ЕЕДОП-и

информация и документи, като е констатирал, че от данните в приложените от този участник документи е видно, че „Стор Инвест“ АД е изпълнявало строителство за обект от четвърта категория, за който има издаден акт, удостоверяващ, че има изпълнен обект, който е въведен в експлоатация. Направено е заключение, че участникът е доказал, че е изпълнявал строителство за сграда, която отговаря на изискванията на възложителя, като строителството е изпълнено, тъй като за обектите има издаден Констативен акт обр. 15, както и че сходно строителство не е само изпълнението на самостоятелен нов строеж, а изпълнение на строителни дейности по пристрояване и/или реконструкция и/или основен ремонт на една или повече жилищни сгради, сгради за обществено обслужване или смесени сгради. Доколкото в документацията не се съдържа условие, участникът да е изпълнил самостоятелно „цялостно строителство“, както и липсата на условие всеки участник самостоятелно да е участвал и изпълнил „строеж“ по смисъла на ЗОП, е прието, че доказването на идентичната или сходна дейност не зависи от самостоятелното изпълнение на конкретен обект, а единствено от осъществяване на дейност по строителство.

Страните не спорят, че възложителят /МЗ/ е въвел критерий за подбор за наличие на опит в изпълнение на дейност строителство с посочени: период на изпълнение минимален брой обекти, с дадено пояснение за идентични/сходни дейности /строителство/, както и за изпълнено строителство – съставен и подписан акт обр. 15 и категорията на строежа, а относно това дали правилно е приложен този критерий в частност от кого може да бъде изпълнено строителството на обекта и дали същото е изпълнено в цялост, с оглед неговия обем.

Във връзка с наличието на втория елемент от фактическия състав на нередността, спорен е въпросът дали участникът в процесната процедура касаеща ОП № 1, 4 и 10 - ДЗЗД "САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР" е отговарял на поставените от възложителя изисквания за опит, респективно дали същият е основателно отстранен.

В тази връзка жалбоподателят застъпва тезата, че горепосоченото ДЗЗД, чрез „СТОП ИНВЕСТ“ АД, не е доказало наличие на опит идентичен или сходен с предмета на обособени позиции № 1, 4, 10, тъй като видно от представените констативни актове обр. 15, последното дружество не е изпълнило самостоятелно всички СМР, а 95 % от тях.

Настоящият състав намира възраженията в тази насока за неоснователни предвид следното:

Разпоредбата на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП установява правилото, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция.

Нормата на чл. 59, ал. 1 от ЗОП предоставя възможност на възложителя да определи критерии за подбор, които се отнасят до: (1) годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност; (2)

икономическото и финансовото състояние; (3) техническите и професионалните способности. В алинея 6 на разпоредбата се посочва, че при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор, свързани с професионална компетентност и опит за изпълнение на поръчката, както и тези за регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт, се доказва от съответните членове на обединението съобразно разпределението на участието им в изпълнението на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

В чл. 63, ал. 1, т. 1, б. "а" от ЗОП е признато правото на възложителя да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с опит за изпълнение на поръчката, в това число изискването да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните 5 години от датата на подаване на заявлението или на офертата – за строителство.

Съгласно чл. 107, т. 1 от ЗОП възложителят отстранява кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

В процесния случай е поставено изискване: „Участниците в процедурата, следва да са изпълнили през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата дейност (строителство) с предмет и обем, идентични или сходни с предмета на обособената позиция. Изрично в документацията за участие по поръчката възложителят е разяснил следното: За „Изпълнено строителство“ се счита строеж/обект, за който има съставен и подписан Констативен акт обр. 15, за което участникът следва да посочи в ЕЕДОП вид, № и дата на съответния документ, както и категорията на изпълнения строеж“. Под „дейност (строителство), сходна с предмета и обема на поръчката“ следва да се разбира изпълнение на строителство, което включва изпълнение на строеж/и с категория не по-ниска от IV -та. Строежът/ите могат да бъдат ново строителство и или, пристрояване и/или реконструкция и или основен ремонт на една или повече жилищни сгради и/или сгради за обществено обслужване и/или смесени сгради. Под „дейност (строителство) идентична с предмета и обема на обособената позиция“ следва да се разбира изпълнението на строителство, което включва изпълнение на строеж/и с категория не по-ниска от IV –та. Строежът/ите могат да бъдат ново строителство и/или, пристрояване и/или реконструкция и/или основен ремонт на една или повече сгради за извънболнична и/или болнична медицинска помощ.

Не е спорно, че в случая отстраненият участник е обединение по смисъла на ЗЗД, в чийто състав участват две юридически лица. Съгласно чл. 10, ал. 1 от ЗОП кандидат или участник в процедура за възлагане на обществена поръчка може да бъде всяко българско или чуждестранно физическо или юридическо лице или техни обединения, както и всяко друго образувание, което има право да изпълнява строителство, доставки или услуги, съгласно законодателството

на държавата, в която то е установено. По арг. от чл. 59, ал. 6 от ЗОП при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени с него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението в договора за създаване на обединението. Критерият за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 1, б. „а“ от ЗОП не е свързан с регистрация, представяне на сертификат или друго условие, поставено съобразно нормативен или административен акт, следователно за да се покрие същия от ДЗЗД-участник, всеки един от участващите в неперсонифицираното дружество търговски дружества, може както самостоятелно да докаже покриването на критерия за подбор, така и заедно могат да докажат покриването му.

Видно от декларираната информация в допълнително представения ЕЕДОП, там са посочени дяловете на разпределение, както и отговорностите по изпълнение на дейностите по договора за обособената позиция. Информацията напълно съответства на представения договор за дружество по ЗЗД от 20.04.2018 г. и Анекс от 03.05.2019 г. към договора за дружество по ЗЗД, където са изменени процентните съотношения на дяловете в полза на „СТОР ИНВЕСТ“ АД, като те нарастват на 99 %. В договора по ЗЗД е посочено, че и двамата съдружници ще изпълняват строителни дейности. В ЕЕДОП са изброени видовете СМР, които са осъществени от участника в обединението, което по силата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП доказва съответствието с критерия за подбор.

В тази връзка настоящият състав намира, че към момента на разглеждане на допълнително представения от ДЗЗД участник в процедурата ЕЕДОП безспорно установява, че „СТОР ИНВЕСТ“ АД е изпълнявало дейности по строителство за обект от четвърта категория, за който има издаден акт, удостоверяващ годността за приемане на строежа, в какъвто смисъл са заложените от възложителя изисквания.

Възложителят е изискал от участниците, без значение дали са физически, юридически лица или обединения от ФЛ и ЮЛ да са изпълнили през последните пет години, считано от датата на подаване на офертата, най малко една дейност /строителство/ с предмет и обем, идентични или сходни с предмета на обособената позиция. Видно от даденото от възложителя определение за сходно строителство следва, че сходно строително не е само изпълнението на самостоятелен нов строеж, а и изпълнение на строителни дейности по пристрояване и/или реконструкция и/или основен ремонт на една или повече жилищни сгради, сгради за обществено обслужване или смесени сгради. Не е поставено условие, участникът да е изпълнил самостоятелно „цялостно строителство“, както и изискване всеки участник самостоятелно да е участвал и изпълнил „строеж“ по смисъла на ЗОП, или съответно ако е изпълнявал сходно строителство в обединение, то е необходимо именно той в обединението да е изпълнил цялостното строителство. Наличието на подобно изискване е в противоречие с императивите, разписани в чл. 59, ал.6 от ЗОП вр. чл. 2 от ЗОП. Доказването на идентичната или сходна дейност не зависи

от самостоятелното изпълнение на конкретен обект, а единствено от осъществяване на дейност по строителство. Не случайно техническите и професионални способности се поставят от възложителите в конкретния случай, за да се установи, че участниците притежават опит за изпълнение на поръчката, като може да изисква от тях да са изпълнили дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, което е различно от осъществяване на цялостно строителство. В този смисъл са и дадените от възложителя пояснения за вложеното съдържание в изискването дейност „сходна“ с предмета и обема, респективно дейност „идентична“ с предмета и обема – и в двата случая се съдържа пояснение, че изпълнението на строителството включва изпълнение на строеж/и с категория не по-ниска от IV, а не цялостно изпълнение на строеж и то именно от участник, самостоятелно подал оферта/ участващ в изпълнението ѝ в обединение със същите икономически субекти, с които е участвал в предходното възлагане или съответно участващ в изпълнението и в обединение с други икономически субекти, но само той е изпълнил цялостното строителство. Ако възложителят е възнамерявал да постави изискване за „обем“ на дейност по чл. 63, ал. 1, т. 1, б. „а“ от ЗОП е следвало да посочи това минимално изискване към съответния критерий за подбор, както и да даде пояснения в този смисъл. Горното не се твърди, а и се установи от съда, че подобно пояснение за сходна или идентична дейност /строителство/ с посочен обем не е налична в документацията и обявлението с направена привръзка към минималните изисквания, доказващи техническите възможности на участниците. Неоснователен е доводът на жалбоподателя, че такова изискване за обем следва и от нормативната уредба – чл. 1 на Наредба №3 от 31 юли 2003 г. С наредбата се определят условията и редът за съставяне на актове и протоколи за подготовка, откриване на строителна площадка и определяне на строителна линия и ниво за приемане на завършени видове строителни и монтажни работи при изпълнението на строежите, на отделни етапи или части от тях. Същата е неотнормирана при определяне на критерии за подбор със залагане на минималните изисквания към участниците при възлагане на обществени поръчки по реда на ЗОП.

С оглед изложеното правилно РУО е констатирал, че критериите за подбор са били приложени неправилно от комисията, което е довело до отстраняване от участие по ОП № 1, 4 и 10 на участник, който е покрил критерия за подбор, но поради неправилното му прилагане от оценителната комисия при разглеждане, оценяване и класиране на офертите, е бил незаконосъобразно отстранен от по-нататъшно участие в нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП. В нарушение на въведените в чл. 2 от ЗОП принципи възложителят неоснователно е отстранил участник, с което сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. Налице е ограничение на конкуренцията, което води до неподдаване, респ. неклазиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС или националния.

Не на последно място следва да се посочи за неоснователен доводът на възложителя за недоказаност на изискуемия предходен опит с аргумент, че в представените Констативни актове обр. 15 за строител е посочено "ТРАКИЯ СПОРТНИ ПЛОЩАДКИ" ДЗЗД, доколкото същото не е юридическо лице, а

"Стор Инвест" АД, който е вписан в ЦПРС, е водещ партньор в обединението. С оглед изложеното съдът приема, че помощният орган на възложителя неправилно е тълкувал и приложил поставения от възложителя критерий и неоснователно е приел, че ДЗЗД "САНУС ИНВЕСТ 2021 ЦЕНТЪР" не отговаря на изискването за изпълнена през последните 5 години най-малко една дейност /строителство/ с предмет и обем, сходни или идентични с предмета на съответната обособена позиция, в резултата на което незаконосъобразно, без наличието на основание по чл. 107, ал. 1 от ЗОП е отстранен този участник. Това несъмнено е довело до ограничаване на конкуренцията и нарушаване принципите по чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП.

Също така цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав на 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. За посоченото нарушение в условията на обвързана компетентност правилно е наложена финансова корекция в единствения възможен процент, а именно 25 %. Съдът не споделя довода в жалбата, че не са изложени мотиви относно финансовото отражение върху бюджета на ЕС. Съгласно чл. 1, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017 г. с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Националното законодателство и законодателството на Съюза, в частност Регламент № 1303/2013 г., съответно Регламент № 1083/2006 с оглед на чл. 152 от Регламент № 1303/2013, не поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност съществува и когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност – „има или би могло да има“. Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз, дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. В този смисъл е и практиката на съда на ЕС /Решение от 26.05.2016г. по преюдициални запитвания по съединени дела C-260/14 и C-261/14/ и не на последно място практиката на ВАС /Решение 9211/27.07.16г. на ВАС по адм.д. 6473/16/.

Неоснователни са оплакванията в жалбата, че при постановяване на оспореното решение РУО не е изложил мотиви относно приложимостта на пропорционалния метод за определяне на ФК. В подзаконовия нормативен акт, чл. 3, ал. 2 законодателят е извел, че определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез прилагането на диференциален

метод, а когато това е невъзможно - чрез пропорционален метод. Съгласно чл. 5 от Наредбата размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Доколкото по обособените позиции /№ 1, 4 и 10/ участникът е бил отстранен на предходен етап, преди да бъде оценено техническото и ценовото му предложение, отчитайки оповестения критерий за възлагане „най-ниска цена“ не би могло да се прецени финансовото отражение на констатираната нередност. Същият би могло да е оферирал допустимо техническо предложение и съответно да е предложил по-ниска цена, която към настоящия момент не е видима нито за оценителната комисия, нито за възложителя, още по-малко за РУО при определяне финансовото изражение на констатираната нередност в условията на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ. Предвид това и ценовото предложение на изпълнителя, което е оповестено по трите ОП не може да бъде съпоставено с ценовото предложение на незаконосъобразно отстранения участник, за да бъде приложим диференциалният метод при определяне финансова корекция.

Оспореният административният акт е издаден и при съобразяване с целта на закона. Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗУСЕСИФ средствата от ЕСИФ се управляват на основа на законността, доброто финансово управление и устойчивото развитие, за гарантиране на тяхната ефективност и ефикасност, чрез партньорство и многостепенно управление, с цел намаляване на административната тежест за бенефициера и при осигуряването на публичност и прозрачност. Допуснатите нарушения на ЗОП водят до незаконосъобразно разходване на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, което е в противоречие с целта на закона. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Съюза размера на средствата от съответните фондове, който е неправомерно разходван.

Съобразно изложеното, съдът намира, че РУО правилно е установил релевантните за казуса факти, въз основа на тях е направил обосновани фактически изводи, правилно е тълкувал и приложил материалния закон и съобразил неговата цел, поради което решението му за определяне на финансова корекция е законосъобразно, а жалбата срещу него неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева, на основание чл. 143, ал. 3 АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд - София-град, Трето отделение, 44-ти състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на здравеопазването срещу Решение № РД-02-14-1252/26.07.2024 г. на ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020.

ОСЪЖДА Министерство на здравеопазването да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сума в размер на 200 /двеста/ лева - юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България чрез Административен съд – София - град в 14-дневен срок от съобщението до страните.

СЪДИЯ: