

# РЕШЕНИЕ

№ 6619

гр. София, 08.11.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 63 състав,**  
в публично заседание на 19.10.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Димитрина Петрова**

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **3152** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145-178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр.чл.27 и сл. Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба Вх. № 12768/05.04.2022г. по описа на АССГ, на Институт по механика към Българска Академия на науките /Б./, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], [жилищен адрес] представлявано от Директора проф. д-р П. Д., срещу Решение № 09-20/11.03.2022г. на Изп. Директор и Ръководител на управляващия орган (Р.) на ИА "Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014-2020" (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“, с което е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 25 на сто върху стойността на Договор № РД-09-144 от 29.07.2021 г. с изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД, с ЕИК[ЕИК], на стойност 333 975,83 лв. без ДДС, или 400 771,00 лв. с ДДС, сключен от възложителя Институт по механика към Б., в резултат на проведена обществена поръчка с предмет: „Модернизация (подготовка) на помещения за изграждане на Център по компетентност по М. и чисти технологии MIRACLE – Mechatronics, Innovation, Robotics, Automation, Clean Technologies в блок 4 на Институт по механика-Б. на [улица], [населено място] по проект BG05M2OP001-1.002-00011 "Изграждане и развитие на Център за компетентност по М. и чисти технологии MIRACLE – Mechatronics, Innovation, Robotics, Automation, Clean Technologies“, в изпълнение на административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.002-00011:"Изграждане и

развитие на Център за компетентност по М. и чисти технологии MIRACLE – Mechatronics, Innovation, Robotics, Automation, Clean Technologies.

В жалбата се поддържа, че оспореният акт е постановен в противоречие с административно производствените правила, поради не обсъждане на възраженията на жалбоподателя, както и в противоречие с материалноправните разпоредби. Излагат се съображения за необоснованост и немотивираност на акта, както по отношение на фактическите констатации, така и по отношение на липсата на основания за квалифициране на констатациите като нарушения и нередности по смисъла на закона. Посочва, че Р., повратно и бланкетно е тълкувал нормите на ЗОП и принципите на закона, без да е налице нарушение на национална или общностна норма, което да обосновава налагането на финансова корекция. Иска се отмяна на акта. Претендира разноски.

Ответникът: Изп. Директор и Ръководител на управляващия орган (Р.) на ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“, в съпроводителното адм. преписка писмо оспорва изцяло жалбата. В съдебно заседание и подробни писмени бележки, чрез процесуален представител Д. Г., поддържа изцяло становището си за недоказаност и необоснованост на жалбата и иска отхвърлянето и изцяло. Претендират се разноски.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена, не изпраща представител, не изразява становище.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа и правна страна следното: Не се спори по делото, а се установява и от приетата административна преписка, че жалбоподателят Институт по механика към Българска Академия на науките /Б., е бенефициент, по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.002-00011 "Изграждане и развитие на Център за компетентност по М. и чисти технологии MIRACLE – Mechatronics, Innovation, Robotics, Automation, Clean Technologies, с бенефициенти: Институт по механика – Б., Университет „Проф. А. З.“ – Б., Институт по информационни и комуникационни технологии – Б., Централна лаборатория по слънчева енергия и нови енергийни източници – Б., СУ „Св. К. О.“, Технически университет – С., Висше училище по застраховане и финанси, Фондация „Г.-трансфер център“. От страна на И. по механика – Б., в качеството му на възложител, е проведена обществена поръчка с предмет „Модернизация (подготовка) на помещения за изграждане на Център по компетентност по М. и чисти технологии MIRACLE – Mechatronics, Innovation, Robotics, Automation, Clean Technologies в блок 4 на Институт по механика-Б. на [улица], [населено място] по проект BG05M2OP001-1.002-00011 "Изграждане и развитие на Център за компетентност по М. и чисти технологии MIRACLE – Mechatronics, Innovation, Robotics, Automation, Clean Technologies“, възложена от Института по механика – Б., с уникален номер на поръчката 01942-2021-0005, представена с искане за плащане № 5 от 24 октомври 2021 г. в ИСУН 2020.

При извършена от УО проверка на обществената поръчка, са констатирани нарушения, подробно посочени в Писмо № 09-20 от 10.02.2022г., за започване на производството по определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0011-C02-M135 от 10.02.2022 г.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ Управляващият орган е дал

възможност на бенефициента за възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да приложи доказателства. Писмото за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция е изпратено чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0011-C02-M135 от 10.02.2022 г.

В законоустановения срок чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-1.002-0011-C02-M142 от 24.02.2022г. бенефициентът е подал своите възражения срещу предложената финансова корекция. След разглеждане и анализ на представените разяснения/възражения, подробно обективирани по всяка точка, определена като нарушение в мотивите на оспореното Решение, УО е приел за основателно възражението на бенефициента само по отношение на първото / т. I/ от решението, нарушение и не го е квалифицирал като нередност, обосноваваща налагането на ФК. По отношение на другите нарушения, УО не е приел възраженията за обосновани и основателни и като е квалифицирал всяко нарушение като нередност, е наложил една обща ФК в размер от 25 %, която е и предмет на оспорване по съдебен ред в настоящото производство.

За да постанови оспореното решение УО, е приел:

По т. II от Решението:

Че Възложителят е използвал критерий за подбор, отнасящ се за изпълнени сходни дейности, който ограничава достъпа на кандидатите или участниците.

Прието е от УО, че е налице нарушение на норми на националното законодателство: Чл. 59, ал. 2 във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 2, ал. 2 ЗОП, изразяващо се в поставен от възложителя незаконосъобразен критерий за подбор, отнасящ се до техническите и професионални възможности на участниците, а именно: „Участникът трябва да има ОПИТ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ НА СТРОИТЕЛСТВОТО, като през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, следва да е изпълнил поне една дейност с предмет и обем идентичен или сходен с тази на поръчката“, като след това е уточнил, че:

\* Под обем сходен с този на поръчката следва да се разбира изпълнението на сходни дейности на стойност поне 200 000 лв. без ДДС.

Нарушението е определено като използване на критерии за подбор, които ограничават достъпа на участниците, и е квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на критерии за подбор, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10, но ограничават достъпа на участниците“, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции. За нарушението е определена 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия Договор № РД-09-144 от 29.07.2021 г. с изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД.

При следните констатации и мотиви:

Установено е, че съгласно обявлението и документацията за обществената поръчка, възложителят е поставил критерий за подбор, отнасящ се до техническите и

професионални възможности на участниците, а именно: „Участникът трябва да има ОПИТ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ НА СТРОИТЕЛСТВОТО, като през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, следва да е изпълнил поне една дейност с предмет и обем идентичен или сходен с тази на поръчката. Под дейност, сходна с предмета на поръчката следва да се разбира СМР за преустройство и/или реконструкция и/или основен ремонт на сгради и/или строителство на нови сгради, попадащи минимум в обхвата на чл.137, ал.1, т.3 от ЗУТ, на обект/и от жилищното строителство и/или на жилищни и/или смесени многофункционални сгради и/или сгради за обществено обслужване и други. Посочено е в съобщението, че Под обем сходен с този на поръчката следва да се разбира изпълнението на сходни дейности на стойност поне 200 000 лв. без ДДС. Обема може да бъде доказан с изпълнението на един или повече договори.“

УО е приел, че съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП (прил. ред. изм. и доп. ДВ. бр.107 от 18 декември 2020г.): „Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.“

Съгласно чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „а“ от ЗОП: „(1) Възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника:1. (изм. - ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 01.03.2019 г.) да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните: а) 5 години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за строителство.“

Прието е, че съгласно действащите национални норми, възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците, само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Критериите за технически и професионални способности са уредени в чл. 63, а тези за икономическо и финансово състояние в чл.61 от ЗОП, т. е. законодателят изначално е разделил установяването на опита на участниците от финансовото им състояние. Прието е, че възложителят е използвал критерий, който е неотносим и изключен от законодателя за установяване на опита им като изискване при обществената поръчка по ЗОП.

Съгласно нормата на чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, възложителят може да определи критерий, въз основа на който да установи, че кандидатите или участниците разполагат с необходимия опит за изпълнение на поръчката, като той трябва 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.

Възложителят е поставил критерий за подбор, съгласно който участниците трябва да са изпълнили поне една дейност с предмет и обем идентичен или сходен с този на поръчката, като е дал пояснения за предмета и обема, както следва:

- Предмет - СМР за преустройство и/или реконструкция и/или основен ремонт на сгради и/или строителство на нови сгради, попадащи минимум в обхвата на чл. 137, ал. 1, т. 3 от ЗУТ, на обект/и от жилищното строителство и/или на жилищни и/или смесени многофункционални сгради и/или сгради за обществено обслужване и други;

- Обем - изпълнени сходни дейности на стойност поне 200 000 лв. без ДДС.  
УО е приел, че възложителят е обвързал обема на сходна дейност със стойност. Съгласно чл. 63, ал. 1 от ЗОП законодателят не е дал възможност за доказване на опит със сходни или идентични по стойност дейности.

Стойността на изпълнените дейности със сходен предмет сама по себе си не е доказателство за придобит опит, тъй като тя е договореност между страните, в т.ч. и на включването в нея на различни други дейности или елементи, релевантни за формиране на цената на дейността. Стойността на извършената дейност може да бъде различна при извършването на една и съща дейност, при това нито по-високата стойност е гаранция за по-високо качество, нито по-ниската стойност е такава за по-ниско качество. Също така, по-високата стойност на една дейност не е гаранция за изпълнен по-голям обем работи/дейности, тъй като няма абсолютна зависимост между стойността на работите/дейностите и техния обем.

Релевантното за придобития опит на участника са техническите показатели, които възложителят е поставил – поне една СМР дейност за преустройство и/или реконструкция и/или основен ремонт на сгради и/или строителство на нови сгради, попадащи минимум в обхвата на чл. 137, ал. 1, т. 3 от ЗУТ, на обект/и от жилищното строителство и/или на жилищни и/или смесени многофункционални сгради и/или сгради за обществено обслужване и други.

Поставените критерии по отношение на техническите и професионални възможности имат само за цел да докажат опита на участника, а относно икономическото и финансовото му състояние, същото се доказва с критериите за подбор посочени в чл. 61, ал. 1, т. 1 и ал. 2 от ЗОП.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки.

Видно от поставеното от възложителя изискване за определяне на сходния опит и чрез стойността на осъществените дейности със сходен предмет е в нарушение на закона. Незаконосъобразно поставеното изискване за оценка на сходния опит обективно има потенциала да ограничи необосновано конкуренцията, тъй като поставя изискване, което без да допринесе за преценка на възможностите на участниците да изпълнят предмета на поръчката стеснява кръга на потенциалните участници.

УО е приел, че в нарушение на чл. 59, ал. 2 във вр. с чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, възложителят е утвърдил незаконосъобразен критерий за подбор, като по този начин необосновано е ограничил свободният достъп на икономическите оператори до участие в процедурата по ЗОП, в която е можело да участват други икономически оператори. Изложени са аргументи, че нарушението се квалифицира като нередност и по смисъла на общностното право.

По т. III от Решението:

УО е приел, че при провеждане на обществената поръчка, Възложителят е използвал критерий за подбор, отнасящ се за разполагането от участника с технически лица, който ограничава достъпа на кандидатите или участниците

Прието е, че е налице нарушение на нормите на националното законодателство: Чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 63, ал. 1, т. 2 и т. 5 от ЗОП, изразяващо се в поставен от възложителя незаконосъобразен критерий за подбор, отнасящ се до техническите и професионални възможности на участниците, а именно, че по

отношение на ключов експерт 2: Ключов експерт по част „Архитектура“ - Архитект, ключов експерт 3: Ключов експерт по част „ВиК“, ключов експерт 4: Ключов експерт по част: „Електрическа“, ключов експерт 5: Ключов експерт по части: „ОВК“, е поставено изискване да притежават висше образование, образователна степен „Магистър“ и ключов експерт „Отговорник по контрола на качеството“ който да притежава образователно квалификационна степен минимум „бакалавър“.

Нарушението е определено като използване на критерии за подбор, които ограничават достъпа на участниците, и е квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на критерии за подбор, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции. За нарушението е определена финансова корекция 5 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия Договор № РД-09-144 от 29.07.2021 г. с изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД.

При следните констатации и мотиви:

Установено е в хода на административното производство и не е спорно при съдебното обжалване, че съгласно обявлението и документацията за обществената поръчка, възложителят е поставил следния критерий за подбор, отнасящ се до техническите и професионални възможности на участниците, а именно: *„Участникът трябва да разполага с необходимия брой технически лица и/или организации, включени или не в структурата му, включително такива, които отговарят за контрола на качеството и лицата, които ще изпълняват строителството, както следва: - Ключов експерт 1: Технически ръководител на обекта – да притежава квалификация „строителен техник“, „инженер“ или „архитект“ или лице със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите „Архитектура и строителство“ и „Техника“, съгласно чл. 163а от Закона за устройство на територията /или еквивалент/, с опит като ръководител на реконструкции, ремонт на сгради (жилищни и/или административни сгради или обекти/сгради за широко обществено ползване/обслужване) на минимум 2 обекта; В случай на предложено чуждестранно лице, същото следва да има придобита професионална квалификация, съгласно изискванията на чл. 163а, ал.3 от ЗУТ.; - Ключов експерт 2: Ключов експерт по част „Архитектура“ - Архитект, висше образование, образователна степен „Магистър“ в областта на архитектурата или еквивалент с минимум 5 г. професионален опит по специалността; - Ключов експерт 3: Ключов експерт по част „ВиК“ - висше образование, образователна степен „Магистър“ в областта на строителното инженерство или еквивалент, специалност ВиК или еквивалент с минимум 3г. Професионален опит по специалността; -Ключов експерт 4: Ключов експерт по част: „Електрическа“ - висше образование, образователна степен „Магистър“ в областта на електроинженерството или еквивалент с минимум 3 г. професионален опит по специалността; -Ключов експерт 5: Ключов експерт по части: „ОВК“ - висше образование, образователна степен „Магистър“ със специалност „Отопление и вентилация“ или еквивалент, с минимум 3 г. професионален опит по*

специалността; - 1 бр. ключов експерт „Отговорник по контрола на качеството“ който: – да притежава образователно квалификационна степен минимум „бакалавър“ или еквивалентна, придобита в професионално направление „Архитектура, строителство и геодезия“ или еквивалентно (когато образованието е придобито в чужбина); - да притежава минимум 3 г. Професионален опит като контрол по качеството в строителството; - да има валиден сертификат за преминат курс за контрол на качеството на изпълнение в строителството и за контрол на съответствието на строителните продукти със съществените изисквания за безопасност или еквивалент; - 1 бр. ключов експерт „Координатор по безопасност и здраве“, който: - да притежава образователно квалификационна степен минимум „бакалавър“ или еквивалентна или лице със средно образование, което да е преминало курс за координатор по безопасност и здраве или еквивалент и отговаря на критериите по чл. 5, ал.2 от Наредба №2 от 2004г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи, издадена от МТСП и МРРБ; - Най-малко 7 броя работници с минимум 3 години трудов стаж и/или опит в извършването на СМР.“

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП (приложима редакция доп. ДВ. бр.23 от 14 март 2020 г.) при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки.

По отношение поставеното от възложителя изискване за ключов експерт 1: Технически ръководител на обекта, УО е приел, че то е в съответствие с чл. 163а, ал. 2 и 4 от ЗУТ, поради което УО не констатира незаконосъобразност на поставеното.

По отношение на ключов експерт 2: Ключов експерт по част „Архитектура“- Архитект, ключов експерт 3: Ключов експерт по част „ВиК“, ключов експерт 4: Ключов експерт по част: „Електрическа“, ключов експерт 5: Ключов експерт по части: „ОВК“, е поставено изискване да притежават висше образование, образователна степен „Магистър“, УО е приел, че тези изисквания не са в съответствие с изискванията на чл. 59, ал. 2 от ЗОП.

Прието е, че въведените изисквания за придобита степен, необосновано ограничават достъпа до участие, след като преценката и доказването на опита на експертите включени в състава на участника за изпълнение на предмета на поръчката, са обусловени не само от опита и придобитата специалност, съобразно предмета, обема, стойността и сложността на поръчката, но и от образователно-квалификационната степен „Магистър“, която следва да притежава всеки един от експертите.

Установено е, че няма посочване на конкретни задължения за изпълнителя на поръчката в техническата спецификация на възложителя, която да представя нагледно какво се изисква от съответните лица в експертния екип при изпълнение на поръчката, което да определя значението на образователно квалификационната степен „Магистър“, като основа за качество на изпълнение. Придобитият опит и специалност са съществени в настоящия

случай дотолкова доколкото предопределят професионалната компетентност на експерта.

Посочено е, че съгласно изискванията на чл. 163а, ал. 1 от ЗУТ строителят е длъжен да назначи по трудов договор технически правоспособни лица, които да извършват техническо ръководство на строежите. Чл. 163а, ал. 2 от същия дава дефиниция за технически правоспособни лица, като е записано, че това са *лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "строителен инженер", "инженер" или "архитект", както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника".*

Съгласно чл. 15, ал. 1, т. 4 от Закона за камарата на строителите, в централния професионален регистър на строителя се вписват строители, които разполагат с необходимия персонал, нает по трудови договори, и технически персонал притежаващ необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство.

Въз основа на данните и техния правен анализ, в съответствие с посочените норми УО, е приел, че заложеното условие за притежаване на образователно-квалификационна степен „Магистър“, попада в обхвата на предоставяне на неоправдано предимство на определени икономически оператори, за сметка на тези притежаващи експертен състав с релевантни специалности и опит, но без такава образователно-квалификационна степен.

По отношение на ключовите експерти „Отговорник по контрола на качеството“ и „Координатор по безопасност и здраве“, е поставено изискване да притежават образователно квалификационна степен минимум „бакалавър“, като в допълнение за експерта контрол по качество е посочено да е придобита в професионално направление „Архитектура, строителство и геодезия. Прието е, че поставените изисквания към двамата експерти не е в съответствие с изискванията на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, по следните съображения: За експертите с функции по контрол на качеството и координатор по безопасност и здраве в Закона за камарата на строителите (З.) и ЗУТ не се съдържат изисквания задължително да имат професионална квалификация „строителен инженер“. Съгласно чл. 15, ал. 1, т. 4 буква „б“ и „в“ от З. в регистъра се вписват строители, които разполагат с необходимия персонал, нает по трудови договори за:

- контрол върху качеството на изпълнение на строителството, за съответствие на влаганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност;

- за контрол по спазването на здравословни и безопасни условия на труд;

От друга страна, в чл. 15, ал. 1, т. 5 от З. е заложено, че наетият технически персонал трябва да притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство. В тази връзка липсва нормативно ограничение относно образованието и квалификацията, които отговорниците



по качеството и координаторите по безопасност следва да притежават. В допълнение чл. 5 и чл. 11 от Наредба № 2 от 22 март 2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи, оказва начините за определяне, изискванията и функциите на координатора по безопасност и здраве по време на изпълнение на строителство. Чл. 5, ал. 2 от същата посочва следните изисквания към тези експерти: *„К. по ал. 1 трябва да са правоспособни лица с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лицензи, удостоверения и др.“*. В допълнение чл. 5, ал. 3, т. 2 посочва, че функциите на координатор по безопасност и здраве могат да се изпълняват от консултант или техническия ръководител по време на етапа на строителство.

Прието е, че видно от горепосоченото функциите на специалиста за контрол по качеството и координатора по безопасност и здраве могат да се изпълняват и от лица с различна от изискуемата от възложителя квалификация, напр. с образование по други технически специалности, и с различна от изискуемата образователно-квалификационна степен.

Предвид изложеното относно изискването за образователна степен за ключов експерт 2: Ключов експерт по част „Архитектура“, ключов експерт 3: Ключов експерт по част: „ВиК“, ключов експерт 4: Ключов експерт по част: „Електрическа“, ключов експерт 5: Ключов експерт по части: „ОВК“, и предвид изложеното поставеното ограничение относно професионалното направление и образователно-квалификационна степен на предложения специалист за контрол на качеството, и образователно-квалификационна степен за координатора по безопасност и здраве, необосновано ограничава възможностите за участие на лица, разполагащи с експерти с друго образование, квалификация и/или образователно-квалификационна степен, позволяваща им да изпълняват дейностите по контрол на качеството и координатор по безопасност и здраве при изпълнение на строителството в съответствие с нормативните изисквания.

Изложени са съображения от УО и е посочено, че залагането на такъв критерии ограничава кръга на потенциалните участници, следователно не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, нередност има и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на бюджета на Съюза, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Употребеното в разпоредбата "има или би имало за последица нанасянето на вреда" сочи за наличието на нередност и в случаите, когато е била създадена потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Тази потенциална възможност е налице, защото е използван незаконосъобразен критерий за подбор.

*По т. IV от Решението:*

УО е констатирал и приел, че Възложителят е определил за изпълнител участник в обществената поръчка, който не отговаря на критериите за подбор. Прието е, че е налице нарушение на нормите на националното

законодателство: Чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, изразяващо се в определяне за изпълнител на поръчката участник, който не отговаря на критериите за подбор на възложителя.

Нарушението е определено като Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно в резултат на което определен е за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор“ и е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции. За нарушението е определена финансова корекция 25 на сто от допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване по засегнатия Договор № РД-09-144 от 29.07.2021 г. с изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД.

При следните констатации и мотиви:

Установено е в хода на административното производство, а се потвърждава и от приложената административна преписка по делото, че с Протокол № 1 и № 2 от работата на комисията по ЗОП, същата е изисквала допълнителни документи и разяснения от участниците, както следва: -С протокол № 1 комисията е изисквала от участниците „ГАРАНТСТРОЙ - 72 В“ ЕООД, ЕТ „АС-СТРОЙ - ЯНКО СЛАВЧЕВ“ и „АЛЕГРО 2000 СОФИЯ“ ООД, на основание чл. 67, ал. 5 от ЗОП представяне на документи/разяснения, чрез които да докажат информацията, посочена в ЕЕДОП. Протоколът е изпратен чрез съобщение М432232 от 06 апр. 2021 г. в системата на ЦАИС Е., както следва:

- В посочения срок участниците са представили документи/разяснения. Документите (файловете) са описани подробно към всяко едно от съобщенията.

- В протокол № 2 е описано, че комисията, на основание чл. 104, ал. 5 от ЗОП във връзка с чл. 54, ал. 13 от ППЗОП, е изисквала участниците да предоставят разяснения или допълнителни доказателства във връзка с посочените констатации. Също така е посочено, че ако участникът не предостави допълнително документи/разяснения същият ще бъде отстранен от по нататъшно участие в обществената поръчка. Документите/разясненията са изискани от всички участници както следва: „ГАРАНТСТРОЙ - 72 В“ ЕООД с искане *M456446 - RequestForInformation - 28 apr 2021 (cp), 22:43:11*; ЕТ „АС-СТРОЙ - ЯНКО СЛАВЧЕВ“ с искане *M456448 - RequestForInformation - 28 apr 2021 (cp), 22:45:01*; „АЛЕГРО 2000 СОФИЯ“ ООД с искане *M456442 - RequestForInformation - 28 apr 2021 (cp), 22:35:06*; Документи/разяснения са получени от ЕТ „АС-СТРОЙ - ЯНКО СЛАВЧЕВ“ и „АЛЕГРО 2000 СОФИЯ“ ООД, като участникът „ГАРАНТСТРОЙ - 72 В“ ЕООД не е представил такива, за което е отстранен. След преглед на документите/разясненията за участниците ЕТ АС-СТРОЙ - Я. С. и АЛЕГРО 2000 С. ООД е констатирано от комисията, че отговарят на поставените от възложителя изисквания за лично състояние и критерии за подбор.

Съгласно Решение № D6319887 от 26 май 2021 г. и Решение № D7525352 от 12 юли 2021 г., за изменение на влязло в сила Решение № D72715 от 26.05.21г. на директора на ИМ-Б. за класиране на участниците и определяне на изпълнител на обществената поръчка за изпълнител е избран участникът

„Алегро 2000 София“ ООД, впоследствие на което е сключен Договор № РД-09-144 от 29.07.2021 г. с изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД.

Видно от гореописаните действия, документите и разясненията изискани от комисията са за доказване на съответствието на участниците с поставените критерии за подбор.

УО е констатирал, че в хода на действията на комисията по прегледа на документите по чл. 39, ал. 2 от ППЗОП, и документите/разяснения изискани по чл. 67, ал. 5 от ЗОП и чл. 54, ал. 13 от ППЗОП се констатира, че участникът, избран за изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД, освен документи и разяснения е представил общо 3 (три) единни европейски документа за обществената поръчка (ЕЕДОП): ЕЕДОП № 1 – подписан от 17 март 2021 г., представен при подаване на оферти/заявления за участие в обществената поръчка; ЕЕДОП № 2 – подписан от 13 април 2021 г., представен при подаване на документи във връзка с искане, съгласно изпратено на 6.04.2021 г. съобщение, на разяснения/допълнителна информация от комисията; ЕЕДОП № 3 – подписан от 7 май 2021 г., представен при подаване на документи във връзка с искане, съгласно изпратено на 28.04.2021 г. съобщение, на разяснения/допълнителна информация от комисията.

УО е приел, че не се удостоверяват декларираните факти от участника, въз основа на изисканата и представена пред комисията допълнителна информация, съдържаща се в представения ЕЕДОП № 3 от 7 май 2021 г. Установено е от УО, че както е посочено в Писмо № 09-20 от 10.02.2022г., в представените три ЕЕДОП-а са декларирани двама ключови експерти по част „Архитектура“ - Г.Н.Х. и Г.С.Р., като видно от последните деклариран обстоятелства за Ключов експерт по част „Архитектура“ е посочен Г.С.Р., като за него липсват документи изискани по чл. 67, ал. 5 от ЗОП и чл. 54, ал. 13 от ППЗОП от комисията съгласно Протоколи № 1 и 2. Видно от това не става ясно как помощния орган на възложителя в лицето на комисията, е констатирала съответствието с поставения критерии, при положение, че в Протокол № 1 *„На основание чл. 67, ал. 5 от ЗОП комисията изисква представяне на документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, касаеща наличието на технически лица, съответстващи на поставеното от възложителя изискване“* (включващи документи за Ключов експерт 2: Ключов експерт по част „Архитектура“). Прието е от УО, че независимо от това, че документите не подлежат на оценка от комисията, те служат за удостоверяване и доказване на фактите посочени в ЕЕДОП-а на участника, с което да се докаже съответствието на участника с поставените критерии за подбор.

Въз основа на изложеното, УО е приел, че непредставянето на документи, удостоверяващи и доказващи удостовереното с офертата е обстоятелство, което при условията на обвързана компетентност задължава комисията, да отстрани от участие, съответния участник. Посочено е в мотивите на оспореното решение, че за участник Г. - 72 В ЕООД, на основание чл.104, ал. 5 от ЗОП във връзка с чл.54, ал.13 от ППЗОП, възложителят е изискал разяснения и/или допълнителни документи, като в зададения срок участникът не е представил такива, и поради това е отстранен на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП, което не е констатирано, обсъдено и не са предприети идентични

действия по отношение на отношение на определеното за изпълнител лице. В хода на съдебното производство е приета в цялост административната преписка. От страна на жалбоподателя не са представени други доказателства, във връзка с обжалването.

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

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Неоснователни са твърденията на жалбоподателя, че възраженията му не са разгледани и актът е необоснован и немотивиран на това основание. Оспореното решение съдържа в мотивите си анализ и произнасяне на органа по всяко конкретно възражение на жалбоподателя и не се констатира пороци, обосноваващи отмяна на оспорения административен акт на това основание.

Спорът по същество се свежда до материалната законосъобразност на оспореното решение, като съдът намира, че актът е постановен в съответствие с материално-правните национални и общностни разпоредби. Актът съдържа фактически и правни основания за издаването си. Посочено е всяко конкретно нарушение, което е отнесено към конкретно нарушение на национална правна норма и квалифицирано като нередност, по смисъла на

Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции. Изложени са мотиви за съответствие на нередностите с Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността. Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент, "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването 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. Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./. Съгласно чл. 98 от Регламент 1083/2006 г. държавите-членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции. Държавата-членка извършва необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава-членка, се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата-членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете. Съгласно определението, дадено в чл. 2, т. 3 от Регламент 1083/2006 г., под "операция" следва да се разбира проект или група проекти, избрани от органа за управление на съответната оперативна програма или под негова отговорност съгласно критериите, установени от мониторинговия комитет и осъществени от един или повече бенефициери, с оглед осъществяването на целите на приоритетната ос, към която се отнася. Съгласно чл. 2, т. 7 от същия Регламент под "нередност" се разбира всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. 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 „нередност“ означава 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. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения. Чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. изцяло преповтаря текста на цитирания по-горе чл. 98 от Регламент 1083/2006 г.

В изпълнение на приложимите норми на правото на Европейския съюз, посочени по-горе, Република България, в качеството си на държава-членка, за изпълнение на наложената и отговорност да следи за извършени нередности и да защитава бюджетните интереси на ЕС чрез анулиране на публичния принос за дадена програма спрямо конкретната операция, при и по повод на която е констатирана нередност, в националното законодателства за регулиране на тези правоотношения са приети Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор /ЗФУКПС/, Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ и Наредбата за посочване на нередностите, /приета с ПМС 57/2017, в актуалната и редакция.

С оспорения акт- Решение за ФК, УО, се позовава на нарушение на националното законодателство, което е квалифицирал като нередност по смисъла на закона. и на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност“. При определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“, по смисъла на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. /преди Регламент 1083/2006 г./, следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1.) Доказано нарушение на разпоредба на общностното право или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. Целта на налагане на посочените финансови корекции е визирана в чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия да са в съответствие на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Следва да се посочи, че финансова корекция не е санкция, в този смисъл Регламент (ЕО Евратом )№ 2988/95 чл. 4, решение от 26.05.2016 г. по съединени дела C-260/14 и C-261-14, решение C-158/08 СЕС, C-341/2013, C-599/13 на СЕС, където се обяснява, че задължението за връщането на облага, недължимо получена чрез нередност не представлява санкция, а

просто последица от установяване, че условията, необходими за получаване на облагата, произтичащи от правовата уредба на Съюза не са били спазени, като по този начин получената облага се явява недължима.

Съдът намира, че Р., е спазил изискванията за излагане на мотиви, в съответствие с посочените действащи нормативни национални и общностни актове и е извършил правилна преценка и квалификация на нарушенията като нередности.

**По отношение на първото установено нарушение** (описано в процесното решение под номер II), съдът намира за неоснователни наведените от жалбоподателя възражения за противоречие с материалния закон, по следните съображения:

Нормата на чл.63, ал.1 от ЗОП установява, че посочените критерии за подбор следва да служат на възложителя за това, същият да установи разполагат ли участниците в процедурата с човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката. Съгласно чл.2, ал.2 ЗОП при възлагане на обществените поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Разпоредбата на чл.59, ал.1 от ЗОП указва, че възложителят може 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. Нормата на чл. 59, ал. 2 ЗОП ограничава възложителя да използва само критериите за подбор, които от една страна са предвидени в ЗОП и от друга са реално необходими за установяване на възможността на участниците да изпълнят поръчката, като освен това трябва и да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. П. по чл. 63, ал. 1 ЗОП предоставя в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя възможността да залага изискване по отношение на техническите и професионални способности на участниците, включително възможността възложителят да изиска от последните да са изпълнили дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, но при условие, че не се нарушава основния принцип за равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Следователно основните фактори, с които следва да се съобразява възложителят при залагане на изисквания към опита на участниците, са предмета и обема от дейности, идентични или сходни с тези на поръчката, както и с поставянето на такива изисквания към участниците, които да не създават необосновани пречки за участие в процедурата и гарантиращи качествено изпълнение на нейния предмет. В случая възложителят е поставил акцент върху опита на участника, като е изискал да е изпълнил *поне една дейност с предмет и обем идентичен или сходен с тази на поръчката*“, като след това е уточнил, че: „\* *Под обем сходен с този на поръчката следва да се разбира изпълнението на сходни дейности на стойност поне 200 000 лв. без ДДС*“. Поръчката е за „*Модернизация (подготовка) на помещения ...*“. Видно от предмета на

поръчката, стойността на сходните дейности не би могла да има значение или да окаже влияние за това възложителят да установи, че кандидатите или участниците разполагат с опит за изпълнение на поръчката. Достатъчно е кандидатът да е извършвал дейност с предмет сходен с този на поръчката, за да се установи опита му в извършването на СМР на сгради. Опитът в извършването на СМР не се обуславя от стойността му. Така заложените критерии противоречи на нормата на чл.2, ал.2 от ЗОП, която забранява необоснованото ограничаване на конкуренцията. В конкретния случай по тази процедура на практика се явяват недопустими всички потенциални кандидати, които са изпълнили една сходна дейност, но на стойност например с 10 лева по ниска от обявената от възложителя – 200 000 лева. Така поставеното ограничение е необосновано, тъй като опитът в изпълнението на подобна дейност би следвало да се постига с практическото изпълнение на сходната дейност, а не с цената ѝ. Същевременно всички, които са изпълнили такава сходна дейност, но на същата или по висока стойност получават необосновано предимство, макар че по - високата стойност не е абсолютна предпоставка за по- добро или по - качествено изпълнение на поръчката. Също така цената на идентични дейности/СМР може да варира/ да бъде различна при различните изпълнители, което не би следвало да се отрази на опита им в строителството. Не е без значение и факта, че изпълнената дейност със сходен предмет трябва да е изпълнена през последните 5 години, което пък е предпоставка и за промяна на цените както на влаганите в дейността материали, така и на цената на труда и др. т.е. едно и също по обем СМР извършено преди 5 г. и към днешна дата ще бъде на различна стойност. Освен това, стойността на изпълнените дейности със сходен предмет сама по себе си не може да бъде доказателство за придобит опит и поради факта, че тя е и договореност между страните, в т.ч. и на включването в нея на различни други дейности или елементи, релевантни за формиране на цената на дейността. Стойността на извършената дейност може да бъде различна при извършването на една и съща дейност, при това нито по-високата стойност е гаранция за по-високо качество, нито по-ниската стойност е такава за по-ниско качество.

Съгласно чл. 63, ал.1 от ЗОП „Възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Видно от текста на цитираната норма посочените в този член критерии за подбор следва да служат на възложителя за това, същия да установи разполагат ли участниците в процедурата с човешки и технически ресурси, както и опит за изпълнение на поръчката. От така формулираният в поръчката критерий за подбор е видно, че възложителят незаконосъобразно е обвързал изискването за опит за изпълнение на поръчката със стойност, която да е поне 200 000 лева.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че поставения от възложителя критерий за подбор е незаконосъобразен, тъй като противоречи на смисъла и целта, които законодателят е придал на критерия за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 1 от ЗОП, който може да бъде използван от възложителите. Налага се изводът, че Възложителят е използвал критерий за подбор, който



не е по този закон, т.е. нарушил е изискването на чл.59, ал.2 изречение първо, поради което и оспореният акт е законосъобразен в тази част. В този смисъл е и съдебната практика на ВАС / Решение № 7863 от 30.06.2021 г. по адм. д. № 4699/2021 г., VII отд. на ВАС/.

**По отношение на второто нарушение** (описано в процесното решение под номер III.):

Изборът на възложителя в определянето на критериите за подбор е сведен до избор измежду посочените в чл. 63, ал.1 възможности, а не въобще. Също така освен, че възложителя следва да се съобрази с тези възможности, той е ограничен и от чл. 59, ал.2 от ЗОП, съгласно който „Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.“

От посочената норма е видно, че възложителя следва да съобрази критериите си за подбор с няколко условия: 1. Да изберете такива от възможностите дадени му в чл. 63, ал.1 от ЗОП, 2. Избраните критерии да са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката и на трето място 3. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Същевременно възложителят е ограничен и от нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, която въвежда забрана за възложителите да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Освен горецитираните норми чл.63, ал.1, чл. 2, ал.2, чл. 59, ал.2 от ЗОП, предвид предмета на поръчката при определяне на критериите за подбор по отношение на Технически и професионални способности на участника, възложителят следва да спазва и разпоредбите на нормативната база в областта на строителството и по - точно да спазва нормите, в които има изисквания по отношение на персонала, с който трябва да разполагат строителите. В конкретния случай възложителят е заложил като критерий за подбор изискването - *ключов експерт 2: Ключов експерт по част „Архитектура“ - Архитект, ключов експерт 3: Ключов експерт по част „ВиК“, ключов експерт 4: Ключов експерт по част: „Електрическа“, ключов експерт 5: Ключов експерт по части: „ОВК“ да притежават висше образование, образователна степен „Магистър“.*

В тази връзка следва да изясним, че строителите в Република България подлежат на регистрация в Централния професионален регистър на строителя. В чл. 15, ал.1 от Закона за камарата на строителите са изчерпателно посочени изискванията на които трябва да отговарят строителите, за да бъдат вписани. Съгласно т. 4 от същия член в централния професионален регистър на строителя се вписват строители, които разполагат с необходимия персонал, нает по трудови договори, а съгласно т. 5 наетият технически персонал притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна

степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство. Същата норма е залегнала и в чл. 9 от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя, където също няма поставени изисквания за висше образование и образователно-квалификационна степен магистър.

Предвид въведения регистрационен режим на строителите, може да се направи абсолютно обоснования извод, че за да бъде регистрирано едно юридическо лице като Строител, то предварително трябва да е отговорило на всички законови изисквания, в това число и на изискването на чл. 15, ал.1, т.4 и т. 5 от З. и на чл. 9, ал.1, т.4 и т.5 от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя, на които изисквания трябва да отговаря наетия от строителя персонал. Предвид това, залагането на изисквания от възложителя по – високи от законите се явява ограничаващо спрямо регистрираните строители, които са наели персонал, който да отговаря на законите изисквания, за да бъдат регистрирани като строители.

Жалбоподателят не отрича, че в нормативната база няма изискване за висше образование и степен магистър за наетия от строителя персонал, дори го потвърждава в жалбата си, но оправдава поставеното завишено изискване с предмета на поръчката : *„Изискването, с оглед на предмета на поръчката, е необходимо, за да гарантира точното изпълнение на договора“*. Твърдението му е бланкетно и същевременно необосновано, както нормативно, така и практически. Нито е посочена норма, съгласно която може да залага по – високи от нормативните изисквания за строителната дейност, нито в поръчката са посочени някакви специфики, поради които да се налага участниците да разполагат с персонал с висше образование и степен – Магистър. Предмета на поръчката е *„Модернизация (подготовка) на помещения за изграждане на Център по компетентност по М. и чисти технологии.....“*, която модернизация се изразява в строително – монтажни работи без никаква специфика, видно от техническата спецификация. В тази връзка не може да бъде приет и мотива на жалбоподателя, че *„В тези помещения ще бъде инсталирано технологично оборудване, което не е предмет на възлагателната процедура, но чиито характеристики, функции и предназначение водят до специфика на строителните работи, които обуславят сложността на поръчката“*.

Неотносим към спора е и мотива на жалбоподателя, че: *„По време на строителството се предвижда упражняването на независим строителен надзор от лицензиран консултант по смисъла на чл. 166, ал. 1 от ЗУТ. В разпоредбата на чл. 167, ал. 1, т. 2 от ЗУТ се изисква членовете на органите на управление на юридическото лице или едноличния търговец на консултанта строителен надзор, както и наетите от тях по трудов или друг договор физически лица, да са специалисти със завършено висше образование с образователно-квалификационна степен "магистър". При положение, че в случая ще има строителен надзор, който ще се осъществява от лица с такова образование, О. и съответен опит в тази област, е обосновано изискването за също такова образование и към*

*експертите на изпълнителя.“ -*

В тази връзка следва да изясним, че участниците в процеса на строителството са посочени в чл. 160 от ЗУТ, както следва: възложител, строител, проектант, консултант по смисъла на чл. 166 от ЗУТ (строителен надзор), физическото лице, упражняващо технически контрол за част "Конструктивна", технически ръководител и доставчик на машини, съоръжения и технологично оборудване. Няма спор, че консултанта – строителен надзор съгласно чл. 167, ал. 1, т. 2 от ЗУТ, трябва да притежава експерти с *със завършено висше образование с образователно-квалификационна степен "магистър"*, но това не може да бъде мотив да се поставят същите изисквания към служителите на строителя. Законодателя не е обвързал изискванията за консултанта с тези за персонала на строителя, поради което и посочения критерии, не е нормативно установен и съдът намира, че УО, правилно е приел, че въвеждането му, в действителност необосновано ограничава потенциалните участници, без това да е необходимо, с оглед конкретния предмет на поръчката.

По отношение на заложеното към *ключов експерт „Отговорник по контрола на качеството“* изискване *да притежава образователно квалификационна степен минимум „бакалавър“ или еквивалентна, придобита в професионално направление „Архитектура, строителство и геодезия“ или еквивалентно (когато образованието е придобито в чужбина)*, жалбоподателя счита че не е необосновано и съответства на предмета на поръчката, който е СМР. В тази връзка, следва да се вземат предвид относимите към изискванията за персонала на строителя норми. Видно от чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" и т. 5 З., за да бъде вписан в Централния професионален регистър на строителя, лицето осъществяващо строителството следва да отговаря на определени изисквания, сред които да разполага с необходимия персонал за контрол върху качеството на изпълнение на строителството, за съответствие на влаганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност, като наетият технически персонал притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство. Следователно не е налице специално нормативно изискване за специалиста "контрол на качеството" досежно образованието. По силата на чл. 19, ал. 3, т. 1 от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя, към заявлението за вписване строителят представя дипломи, удостоверяващи техническата правоспособност и квалификация на технически правоспособния персонал. За лицата, които имат право да осъществяват контрол на строителството/отговорник по качеството, не съществува нормативно ограничение за образование и професионална квалификация. Ето защо въведеното изискване за експерта по качеството противоречи на съдържанието, което влага за такъв експерт разпоредбата на чл. 15, ал. 1, т. 5 З.. За тези експерти няма изискване за конкретна образователна или професионална квалификация за изпълнение на съответната длъжност. Предвид това, че по отношение на отговорника по качеството не е налице изрично нормативно изискване за образование, то предвиденото в

документацията изискване се явява ограничаващо и води до намаляване на конкуренцията и представлява потенциална пречка за избор на икономически най-изгодна оферта. Търсенето на качествено изпълнение не може да оправдае провеждане на обществената поръчка в нарушение на чл. 2, ал. 2, чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

При това, се констатира, че възложителят кумулативно е изискал лицето да притежава минимум 3 г. професионален опит като контрол по качеството в строителството; да има валиден сертификат за преминал курс за контрол на качеството на изпълнение в строителството и за контрол на съответствието на строителните продукти със съществените изисквания за безопасност или еквивалент, с което е обезпечил в достатъчна степен опита на експерта по качеството.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че в тази част решението на УО е правилно и законосъобразно, като постановено в съответствие на материалния закон.

**По отношение на третото нарушение** (описано в процесното решение под номер IV)

По отношение на въведеното изискване за опит, жалбоподателя навежда твърдения, че : *„Под дейност, сходна с предмета на поръчката следва да се разбира СМР за преустройство и/или реконструкция и/или основен ремонт на сгради и/или строителство на нови сгради, попадащи минимум в обхвата на чл.137, ал.1, т.3 от ЗУТ, на обект/и от жилищното строителство и/или на жилищни и/или смесени многофункционални сгради и/или сгради за обществено обслужване и други“*. Намира, че текстът следва да се тълкува по начин, че: под дейност, сходна с предмета на поръчката следва да се разбира СМР:

- за преустройство и/или реконструкция и/или основен ремонт на сгради и/или строителство на нови сгради, попадащи минимум в обхвата на чл.137, ал.1, т.3 от ЗУТ,

- на обект/и от жилищното строителство и/или на жилищни и/или смесени многофункционални сгради и/или сгради за обществено обслужване и други“.

Съдът намира това възражение за основателно, доколкото при логическото и систематическо тълкуване на изискването, не може да се направи извод, че се касае за две различни или алтернативно посочени изисквания. Съгласно ЗУТ, буква в) на т.3 от чл. 137, ал.1 се съдържа същия по смисъл текст – „жилищни и смесени сгради с високо застрояване; сгради и съоръжения за обществено обслужване с разгъната застроена площ над 5000 кв.м или с капацитет от 200 до 1000 места за посетители“, т.е. няма как потенциалните изпълнители на поръчката да предположат, че текста от втората част на изречението „обект/и от жилищното строителство и/или на жилищни и/или смесени многофункционални сгради и/или сгради за обществено обслужване и други“ не се отнася за такива, които са в обхвата на чл.137, ал.1, т.3 от ЗУТ. Видно е че с втората част на изречението, възложителят е пояснил/уточнил първата част, а именно сходната дейност да е СМР на сгради от трета категория на обекти от жилищното строителство. Пояснението е логично и необходимо, тъй - като т. 3 освен *обект/и от жилищното строителство (посочени в буква в)* обхваща и:

- а) общински пътища, улици от първостепенната улична мрежа III и IV клас и съоръженията към тях;
- б) (изм. - ДВ, бр. 41 от 2007 г.) елементи на техническата инфраструктура, хидротехнически, хидромелиоративни и други мрежи, съоръжения и инсталации, непопадащи в горните категории;
- в) жилищни и смесени сгради с високо застрояване; сгради и съоръжения за обществено обслужване с разгъната застроена площ над 5000 кв.м или с капацитет от 200 до 1000 места за посетители;
- г) производствени сгради, инсталации, съоръжения, прилежаща инфраструктура и други с капацитет от 100 до 200 работни места и съоръженията към тях;
- д) електрически централи и топлоцентрали с мощност до 25 мегавата с изключение на обекти за производство на енергия по чл. 147, ал. 1, т. 14 и 14а;
- е) паркове и градини с площ над 1 хектар;
- ж) реконструкция и основен ремонт на строежите от тази категория;
- з) приемно-предавателни станции и останалата физическа инфраструктура за разполагане на електронни съобщителни мрежи от магистрален тип на национално ниво или извън урбанизирани територии;

В противен случай, ако втората част на изречението не се счете за уточнение на първата ще трябва да се приеме, че участник с изпълнена сходна дейност по буква а) общински пътища, улици от първостепенната улична мрежа III и IV клас и съоръженията към тях може да докаже опит в дейност сходна с предмета на поръчката, което противоречи на логиката.

Не може да се приеме твърдението на жалбоподателя за алтернативност. Също така, ако това са две отделни хипотези, независими една от друга и отделени със запетая, както твърди жалбоподателя, то след „СМР“ следваше да има две точки, които показват, че следва изброяване на отделни варианти/хипотези. В случая, обаче такива няма. В тази връзка, правилно УО е констатирал, че декларираните от участника изпълнени обекти, с които доказва опит в изпълнението на сходни дейности, не отговарят на изискването на възложителя за сходна дейност, тъй като не са трета категория по смисъла на чл. 137, ал.1, т.3 от ЗУТ. Предвид това е правилна и констатацията на УО, че избраният изпълнител не отговаря на критериите за подбор по обществената поръчка.

На следващо място жалбоподателят в жалбата си изразява несъгласие с констатацията на Р. за липса на представени доказателства за декларираните в ЕЕДОП данни за лицето ДМД, отговорник по контрол на качеството, но не представя, с оглед тежестта на доказване, която носи в процеса доказателства, които оборват констатациите и изводите на УО.

Видно от Протокол 1, в т.3 (в частта за участника Алегро), т. 1.3.2. комисията е записала следния текст: *„На основание чл. 67, ал. 5 от ЗОП комисията изисква представяне на документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, касаеща наличието на технически лица, съответстващи на поставеното от възложителя изискване.“* Видно от този протокол, изискването на документите е за доказване на данните заявени в първия ЕЕДОП, т.е. в случая се отнасят и за лицето Д.М.Д., защото точно това лице е посочено за отговорник по контрола за качеството в този ЕЕДОП.

Предвид това, не може да се приеме, че комисията не е изисквала за отговорника по контрол на качеството да се докажат, заявените в ЕЕДОП данни. В отговор участника Алегро 2000 С. ООД е представил втори ЕЕДОП, в който за отговорник по качеството обаче е посочил ново лице, а именно М.Д.Г., т.е. вместо документи за лицето Д.М.Д. комисията е получила нов ЕЕДОП с ново посочено в него лице. След преглед на получените документи и въз основа на данните по отношение на М.Д.Г. в новия ЕЕДОП, видно от текста на Протокол 2 комисията е изисквала документи още веднъж, но вече не за всички ключови експерти, а за изрично изброените в протокола, където за ключов експерт по качеството не фигурират неясноти. В резултат на второто искане на документи участника Алегро 2000 С. ООД е представил трети ЕЕДОП в който обаче е посочено отново различно лице отговорник по качеството и това всъщност е лицето посочено в първия ЕЕДОП – Д.М.Д., за което не са налице документи доказващи, че то съответства на всички изисквания на възложителя, тъй като след първото искане на документи вместо такива участника е дал ново лице, а именно М.Д.Г.

След представянето на документите и третия ЕЕДОП комисията е приела, че: *„А. За участниците ЕТАС-СТРОЙ- Я. и АЛЕГРО2000 С. ООД: След подробен преглед на представените разяснения и допълнителни доказателства от участниците, представили в срок необходимите документи за изясняване на констатираните неясноти по подадените от тях оферти, комисията установи, че така представените документи напълно изясняват данните и информацията от офертата на участниците. Комисията приема, че участникът ЕТ АС-СТРОЙ - Я. С. и участникът АЛЕГРО 2000 С. ООД отговарят на поставените от възложителя изисквания за лично състояние и критерии за подбор. На основание чл. 56, ал. 2 от ППЗОП комисията реши да допусне участника ЕТ АС-СТРОЙ - Я. С. и участника АЛЕГРО 2000 С. ООД до следващия етап - разглеждане на техническите предложения и оценката им.“*

От изложеното до тук следва, че комисията е установила съответствие на участника АЛЕГРО 2000 С. ООД с поставените от възложителя изисквания за лично състояние и критерии за подбор, въпреки че в последния ЕЕДОП за ключов експерт Отговорник по контрола на качеството е декларирано лицето Д.М.Д., за което в отговор на първото искане на документи вместо да представи такива участника е заменил лицето с друго – с М.Д.Г. От така описаните факти се налага извод, че комисията е допуснала участника Алегро 2000 С. ООД до разглеждане на техническото му предложение на база данните в представения втори ЕЕДОП, съгласно посочените в него ключови експерти и документите с които е доказано съответствието на тези експерти с изискванията на възложителя, въпреки промените направени в ЕЕДОП три.

Налага се извода, че възложителят е преценил, че участника Алегро 2000 С. ООД отговаря на изискванията му по отношение на ключовия експерт за качеството, въз основа на данните заявени във втория ЕЕДОП, въпреки че знае, че лицето посочено за отговорник по качеството няма да вземе участие в екипа от ключови експерти. В този случай, комисията е следвало да отстрани участника Алегро 2000 С. ООД, поради това, че е декларирано ново лице за което не е представил доказателства че отговаря на критериите на

възложителя.

Също така видно от датата на последния ЕЕДОП на „Алегро 2000 София“ ООД е че същия е от 07.05.21г., т.е. представен в изпълнение на дадения от комисията срок за разяснения и допълнителни документи, описан в Протокол 2, когато комисията не е била приключила работа и е следвало да установи, че в новия представен ЕЕДОП е вписано друго лице Г.С.Р., различно от това във връзка с което е изисквала разяснения.

В допълнение следва да се посочи, че съгласно чл. 112, ал. 1 от ЗОП възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител представи документи за съответствието с поставените критерии за подбор. По делото е установено, че при провеждане на обществената поръчка, в изпълнение на изисканата от комисията допълнителна информация и доказателства, участникът не е доказал съответствието с критерия за подбор по отношение на ключовия експерт „Отговорник по контрола на качеството“ и ключовия експерт по част „Архитектура“, поради това, че за отговорника по контрола на качеството няма представено удостоверение/сертификат или др. за доказване за преминал курс за контрол на качеството на изпълнение в строителството и за контрол на съответствието на строителните продукти със съществените изисквания за безопасност, а за ключовия експерт по част „Архитектура“ за последното декларирано лице Г.С.Р. няма представени документи, доказващи съответствието с поставения критерии за подбор.

Бездействието на комисията, при тези фактически установявания, да отстрани участника в процедурата, са съставомерни и представляват нарушение на националното законодателство по смисъла на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 от ЗОП, изразяващо се в определяне за изпълнител на поръчката участник, който не отговаря на критериите за подбор на възложителя. Квалификацията на нарушението като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции е правилно.

УО, е наложил една обща ФК, в най-големия установен размер от 25 процента и за трите констатирани нередности, като е спазил правилото за некумулиране при налагането на ФК, на установените по наредбата размери и не се констатират нарушения на закона, обосноваващи отмяната на акта и на това основание.

Въз основа на доказателствата по делото и приложимия закон мотивиран от гореизложеното, съдът намира, че се констатират и трите предпоставки за констатиране на нередност, обосноваваща налагането на ФК, които са кумулативни и актът е постановен в съответствие и при спазване на материалния закон и целта на закона, поради което и по изложените съображения жалбата се явява неоснователна, а оспореният административен акт, следва да бъде оставен в сила като валиден, правилен и законосъобразен, а жалбата да се остави без уважение.

При този изход на делото, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, които възлизат на претендирания размер за юрисконсултско възнаграждение за процесуално

представителство и съдът ги определя, да оглед действителното процесуално поведение и сложността на предмета на делото в размер от 350.00 лв., които следва да се заплатят от жалбоподателя.

**Водим от горното Административен съд- София – град,**

### **РЕШИ:**

ОТХВЪРЛЯ Жалбата на Институт по механика към Българска Академия на науките /Б./, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], [жилищен адрес] представлявано от Директора проф. д-р П. Д., **срещу** Решение № 09-20/11.03.2022г. на Изп. Директор и Ръководител на управляващия орган (Р.) на ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“/, с което е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 25 на сто върху стойността на Договор № РД-09-144 от 29.07.2021 г. с изпълнител „Алегро 2000 София“ ООД, с ЕИК[ЕИК], на стойност 333 975,83 лв. без ДДС, или 400 771,00 лв. с ДДС, *като неоснователна.*

ОСЪЖДА Институт по механика към Българска Академия на науките /Б./, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], [жилищен адрес] представлявано от Директора проф. д-р П. Д., да заплати на ИА “Оперативна програма “Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020” (ОП НОИР) /с ново наименование, Изпълнителна агенция „Програма за образование“/, сумата от 350.00 лв. /триста и петдесет лева/, *разноски в производството.*

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

### **СЪДИЯ:**