

РЕШЕНИЕ

№ 21261

гр. София, 25.10.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 81 състав,
в публично заседание на 19.09.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Стоян Тонев

при участието на секретаря Веселина Григорова, като разгледа дело номер **4280** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от АПК, във връзка с чл. 73 от ЗУСЕФСУ.

Образувано е по жалба на Министерство на здравеопазването, БУЛСТАТ[ЕИК], с адрес: [населено място], пл.“Света Неделя“ № 5, представлявано от министъра на здравеопазването, чрез процесуален представител-гл. юристконсулт С., срещу Решение от 02.04.2024г. на Р. на ОПРР 2014-2020г., с което на бенефициера - Министерство на здравеопазването, е наложена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-002-C01-D-01 от 19.09.2023г. с изпълнител П. – Х. Д. на стойност 52 433.00 лв. без ДДС и 62 019, 60 лв. с ДДС.

С жалбата се иска отмяна на оспореното решение. Жалбоподателят счита, че оспорваният акт е немотивиран по смисъла на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Твърди, че атакувания ИАА административният орган е нарушил изискването на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ, тъй като липсва обсъждане на направени възражения. Твърди се още неправилно приложение на материалния закон, като се оспорват констатациите на УО на ОПРР за допуснати от страна на „МБАЛ - АИТОС“ ЕООД, в качеството му на възложител при провеждане на обществената поръчка, нарушения като некореспондиращи с нормите на ЗОП. Излагат се съображения, че УО необосновано е стигнал до извода за нарушена обща забрана чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Критерият за експерт с придобита правоспособност по реда на Наредба № 3 от 17.01.2001 г. за условията и реда за придобиване на правоспособност за упражняване на професията

„монтър по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ – минимум II степен“ е бил съобразен с предмета на поръчката.Изискването не е поставено при надхвърляне обема на поръчката и е еднакво формулирано спрямо всички участници, същото не е незаконосъобразно и не ограничава конкуренцията. Сочи се, че ОП е проведена чрез процедура „събирана на оферти с обява“, за която законът не въвежда задължение да бъде публикувана в „Официален вестник“ на Европейския съюз, а този вид процедури се публикуват единствено в Регистъра за обществени поръчки (Р.) на национално ниво, съгласно разпоредбата на чл. 36, ал.1, т.7 от ЗОП. В този смисъл се счита, че липсата на заложен възможност за правоспособност на експерта, придобита съгласно законодателство на държава - членка на Европейския съюз, или на друга държава - страна по споразумението за Европейското икономическо пространство, не представлява нарушение, тъй като тази обява няма да бъде видима за чуждестранни участници и съответно не се променя кръга на заинтересованите лица. Сочи се, че при неяснота от страна на заинтересовани лица относно поставеното изискване за правоспособност на експерта, тази неяснота би могла да бъде преодоляна чрез искания за разяснения, каквито не са били отправени. Оспорва се, и твърдението на Управителният орган на ОПРР, че е налице нарушение на чл. 112, ал. 2, т. 2, чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 121, ал. 1 от ЗОП, чл. 2, ал. 1, т. 4 от ЗОП, във връзка с нарушението, описано в т. 2.2 от Раздел I „Фактическа обстановка“, т. 2 „Описание на нарушенията“ от Решението.Твърди се още и че е налице „изначална недоказаност“ на настъпването на вреди във връзка с претендираните от органа нарушения по ЗОП и в този смисъл липсва елемент от нередността. В заключение иска отмяна на решението. В условията на алтернативност да бъде намален размерът на финансовата корекция. Заявява претенция за присъждане на разноски.

В съдебно заседание, жалбоподателят - Министерство на здравеопазването се представлява от адв. Х., която поддържа жалбата по изложените в същата съображения. Представя писмени бележки.Твърди относно решението по т. 1, че ответникът е посочил разпоредби, касаещи принципи, без да са посочени други конкретни материалноправни норми от ЗОП.По т.2, се твърди, че нарушението се изразява в липса на документи, което води до липса на прозрачност, докато в случая документите са налице, но се интерпретират различно. Иска отмяна на решението и претендира разноски по представен списък.

Ответникът - Ръководител на УО на ОПРР 2014-2020г. и заместник министър на регионалното развитие и благоустройството, в съдебно заседание се представлява от юриконсулт, който изразява становище за неоснователност на жалбата. Представя писмени бележки, с които изразява становище по същество, с което преповтаря доводите в оспорения ИАА. Иска се отхвърляне на жалбата и се заявява претенция за присъждане на юриконсултско възнаграждение.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира от фактическа страна следното:

Съгласно Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /БФП/ № РД-02-37-6/20.05.2022г. по оперативна програма “Региони в растеж“ 2014- 2020 /ОПРР/ с № BG16RFOP001- 9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ № от ИСУН 2020 – BG16RFOP001-9.001-0002-C01 /л.34 и сл. от делото/, сключен между Министерство на регионалното развитие и благоустройството, Управляващ орган на ОПРР, представлявано от ръководителя на УО на ОПРР, оправомощен със заповед № РД-02-14-1116/31.12.2021г. на Министъра на регионалното развитие и

благоустройството и Министерство на здравеопазването / бенефициер/, на бенефициера се предоставя безвъзмездна финансова помощ/100%/ в максимален размер до 97 791 432,00 лева по ОПРР 2014- 2020, Приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“, процедура BG16RFOP001- 9.001 “Мерки за справяне с пандемията“ за изпълнение на проектно предложение “ BG16RFOP001-9.001-0002 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“.

Съгласно Споразумение № РД-13-789 от 29.10.2021 г., сключено между Министерство на здравеопазването и "МБАЛ-АЙТОС" ЕООД – [населено място] по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. е проведена обществена поръчка с предмет „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“.

Материалите по проведената обществена поръчка са публично достъпни на интернет адрес: <https://app.eop.bg/today/325504>.

Съгласно документацията на поръчката(приложена по делото) възложителят в т. 13.3.1 „ Критерии за подбор“ - „Технически и професионални способности“ е заложил следното изискване: „През последните 3 (три) години, считано от датата на подаване на офертата, участникът да е изпълнил дейност с предмет, сходен или идентичен с предмета на поръчката“. Указано е , че: „Под „ предмет, сходен с предмета на поръчката“ се приема доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нов товарен и/ или пътнически асансьор“. В т. 13.3.2, е заложил като критерий за подбор изискването: „Участникът следва да разполага с поне едно техническо лице, с правоспособност съгласно Наредба № 3 от 17.01.2001 г. за условията и реда за придобиване на правоспособност за упражняване на професията „монтьор по монтиране, поддържане и ремонтиране на асансьори“ – минимум II степен“.

На 19.09.2023г. между "МБАЛ-АЙТОС" ЕООД – [населено място] и класираният на първо място участник /съгл. протокол по чл. 192, ал. 4 от ЗОП от 29.08.2023г., приложен на материален носител по делото/ и „П. Х.“ Д., ЕИК[ЕИК] е сключен договор за възлагане на обществена поръчка № BG16RFOP001-9.001-0002-С-01-Д-01/19.09.2023г.с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“.

Въз основа на сигнал за нередност № 2406, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионално развитие и благоустройството на РБ и във връзка с установени нарушения при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в

изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж” 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“, бенефициентът е уведомен по електронен път с писмо изх. № 99-00-6-73/06.03.2024г./л.83 и сл. по делото/ за констатираните нарушения, неговият финансов ефект и основанийето и размерът на предложената финансова корекция в резултат от осъществена проверка относно законосъобразността на обществена поръчка, като му е дадена възможност за депозиране на възражения.

В предоставения срок от Министерство на здравеопазването е подадено възражение, с което е изразило несъгласие с описаните констатации и основателността, и размера на предложената финансова корекция.

С Решение от 02.04.2024г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма " Региони в растеж" 2014-2020., за приключване на сигнал № 2406, регистриран в регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България, във връзка с установени нарушения по обществена поръчка с предмет: „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж” 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“ на Министерство на здравеопазването е наложена финансова корекция, при спазване на принципа за некумулиране на разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности, в размер в размер на 25% от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-C01-D-01 от 19.09.2023г., с изпълнител П. – Х. Д. на стойност 52 433.00 лв. без ДДС.

За да постанови оспореното решение УО в подробно развити мотиви е приел възраженията за неоснователни като е счел, че:

В т. 2.1 са налице условия, които необосновано ограничават участието на чуждестранни лица. Посочил е, че възложителят в т. 13.3.2 е заложил следното изискване: Участникът следва да разполага с поне едно техническо лице, с правоспособност съгласно Наредба № 3 от 17.01.2001 г. за условията и реда за придобиване на правоспособност за упражняване на професията „монтър по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ – минимум II степен, без да е предоставена възможност на чуждестранните участници да предоставят еквивалентни документи, съгласно законодателството на държавата, в която участникът е установен. Според Р. така формулираното условие необосновано ограничава участието на чуждестранните лица в нарушение на чл. 2, ал . 2 от ЗОП. За да достигне до този извод Р. е посочил, че съгласно приложимите в разглежданата област нормативни разпоредби, чуждестранните експерти следва да минат през нарочна процедура на обучение, изпит и оценяване, което е условие за възможността да упражняват професията „монтър по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ на територията на страната. Счел е, че с формулираното изискване към

експертите на участниците да разполагат с лице, с правоспособност съгласно Наредба № 3 от 17.01.2001 г. за условията и реда за придобиване на правоспособност за упражняване на професията „монтъор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ – минимум II степен (нормативен акт, действащ на територията на Република България), възложителят необосновано е ограничил чуждестранните икономически оператори, лишавайки ги от възможност за представяне на еквивалентни документи за професионална квалификация, съгласно националното си законодателство, както и такива, разполагащи с експерти, придобили професионална квалификация в друга страна членка, позволяващи им да изпълнят предмета на поръчката. Р. е взел отношение по възраженията на бенефициера относно липсата на искания за разяснения не игнорира допуснати нарушения при възлагане на поръчката, а само показва, че заинтересованите лица не са упражнили правото си да искат такива. Р. е посочил в решението си, че за изискванията към експертите, относима разпоредба е чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, съгласно която 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: 5. да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, в случай че изискването не се използва като показател за оценка на офертите, но е посочил, че това не следва да става в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 2 ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. Р. е счел, че са нарушени нормативните разпоредби на националното законодателство: чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 2 ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. Констатираното нарушение е определено като нередност по т. 10 - „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или - технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания”, буква б) съществува нередност при описаните по-горе хипотези, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. Определена е финансова корекция в размер на 10% върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-C01-D-01 от 19.09.2023 г. с изпълнител П. - Х. Д. на стойност 52 433.00 лв. без ДДС, предмет на договора: Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж” 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“.

По отношение на описаните твърдения за нарушение в т. 2.2, УО на ОПРР е посочил, че възложителят е поставил изискване: „Технически и професионални способности“ - През последните 3 (три) години, считано от датата на подаване на офертата, участникът да е изпълнил дейност с предмет, сходен или идентичен с предмета на

поръчката. В тази връзка било констатирано, че участникът за изпълнена сходна дейност е посочил: „Доставка, монтаж и узаконяване на 1 брой пътнически асансьор ORONA за обект: Бутик хотел с площадкови Ел и ВиК мрежи ЗП-815 кв. м. РЗП-3186,78 кв. м., четвърта категория в УПИ ХХХ-35.83(ПИ 67800.35.83) м. „Света М.“ землище на [населено място]“. По този начин, въпреки посоченото от участника узаконяване, а не формулировката на възложителя -въвеждане в експлоатация, с така попълнената информация, участникът е изпълнил изискването за сходна дейност. Посочил е, че класираният участник е предоставил преди сключване на договора за обществена поръчка като доказателство за изпълнена сходна дейност Договор за доставка и монтаж Н:5329 от дата 02.12.2020 г., но от същия се установявало, че като възложител на доставката е посочен „Планекс Бургас„ ООД (член на обединението в настоящата поръчка), а като изпълнител на доставките - лице различно от участника – „Уникен“ ЕООД. Изтъкнал е, че не са представени допълнителни пояснения и доказателства за изпълнение на изискването на възложителя от страна на участника. Р. е счел, че участникът не е представил документ, с който да докаже съответствие с изискването на възложителя за изпълнявана сходна дейност и не е следвало възложителят да сключи договор с него. Р. е извел извод, че по този начин документите, налични в досието на поръчката, не обосновават възлагането ѝ на класирания участник, т.е. липсва одитна следа. Коментирал е разпоредбите на чл. 121 и чл. 2, ал.1 т.4 от ЗОП и заключил, че изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, тъй като не са налице доказателства за съответствието на класирания участник с разглеждания критерий за подбор, което води до липса на прозрачност по отношение на изпълнението на изискванията за възлагане на поръчката. С тези мотиви Р. е решил, че е налице нарушение на чл. 112, ал. 2, т. 2, чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 121, ал. 1 от ЗОП, чл. 2, ал. 1, т. 4 от ЗОП. Нарушението е определено като нередност по т. 16 - „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка“, буква а) изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г., във връзка с нарушенията и е определена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-C01-D-01 от 19.09.2023 г. с изпълнител П. - Х. Д. на стойност 52 433.00 лв. без ДДС, предмет на договора: Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“.

С оглед принципа за некумулиране на финансови корекции, съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности е наложена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-C01-D-01 от 19.09.2023 г. с изпълнител П. - Х. Д. на стойност 52 433.00 лв. без ДДС, предмет на договора: Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция

на инфекционно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“.

Изчислената финансова корекция е в размер на 15 729,90 лв. с ДДС, като е изчислена върху стойността на допустимите разходи по договора в размер на 62 919,60 лв. с ДДС.

По делото са приети като писмени доказателства документите от административната преписка.

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 жалбата е неоснователна.

Оспореното Решение за определяне на финансова корекция е издадено от компетентен административен орган – А. Б. – Заместник – министър на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж 2014 - 2020“, оправомощена със Заповед № РД-02-14-642/15.06.2023 г. на Министър на регионалното развитие и благоустройството за Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж 2014 - 2020“ (приложена по делото).

Съгласно чл. 28, ал.1, т. 1 във връзка с чл. 26, т. 2 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, „Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните инвестиционни фондове“. Следователно управляващ орган по смисъла на ЗУСЕФСУ на ОПРР 2014-2020 г. е Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ към МРРБ. Управляващият орган е част от специализираната администрация към МРРБ. Ръководителят на управляващия орган е Ръководителят на администрацията, в чиято структура се намира управляващия орган. В процесния случай това е Министърът на регионалното развитие и благоустройството, или определено от него лице – ЗУСЕФСУ, предвижда възможността правомощията на ръководителя на управляващ орган да се упражняват и от лице, овластено от министъра на регионалното развитие и благоустройството (чл. 9, ал.5 от ЗУСЕФСУ). Следователно оспореният административен акт е издаден от компетентен административен орган. ИАА е в изискуемата писмена форма, като, противно на бланкетните доводи на жалбоподателя, съдът намира, че в съответствие с чл. 59 ал.2 т.4 от АПК са изложени фактически и правни съображения. При издаване на акта не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, преди издаването на решението за определяне на финансова корекция Управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. В случая административният орган е дал такава възможност на жалбоподателя да изложи своите съображения относно направените изводи за наличие на нарушения, поради което са спазени и изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ. Обратно на твърденията в жалбата, органът е обсъдил конкретно защо не възприема възраженията по всяко от установените нарушения на ЗОП. При наличието на посоченото обсъждане, не

следва да се приеме, че административният орган е нарушил изискването на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ да обсъди по дължимия за производството начин представените от бенефициера възражения по основателността и размера на финансовата корекция.

В конкретния случай от органа се сочи наличието на основанието по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ – за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от 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 ЗУСЕФСУ, е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 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/. Редът за налагане и извършване на финансови корекции е регламентиран в ЗУСЕФСУ и цитираната Наредба.

Съгласно чл. 143, т.1 от Регламент № 1303/2013 държавите членки на първо място носят отговорност за разследването на нередностите, за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, т.2 от Регламент № 1303/2013 държавите - членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми.

Според дефиницията по чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 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.

Дефиницията за нередност по чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а/ действие или бездействие на „икономически оператор“, б/ което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в/ има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Съгласно чл. 2, т. 37 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 - „икономически оператор“ означава всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган.

В настоящата хипотеза няма спор относно качеството на жалбоподателя като икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съдът следва да съобрази, дали са налице останалите елементи на определението за нередност, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна, а именно да извърши проверка, дали възложителят е реализирал сочените от Р. нарушения и в случай, че са извършени такива – дали това има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи.

Спорът касае приложението на материалния закон и се свежда до това налице ли е нарушение, съставляващо нередност, основание за налагане на финансовата корекция, респективно законосъобразно ли е определен размерът на корекцията.

По отношение на твърдяното нарушение по чл. 2, ал. 2 ЗОП, чл. 2. ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, по т. 1 от оспореното решение на Р..

В случая предмет на договора на ОП е „Доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова асансьорна уредба в изпълнение на проект: „Реконструкция на инфекциозно отделение в сградата на МБАЛ А., по Процедура BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ по приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“ се осъществява с финансовата подкрепа на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие“.

Страните не спорят, че като критерий за подбор, към участниците в процедурата по ЗОП, е заложено изискване: „Участникът следва да разполага с поне едно техническо лице, с правоспособност съгласно Наредба № 3 от 17.01.2001 г. за условията и реда за придобиване на правоспособност за упражняване на професията „монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ – минимум II степен“.

По аргумент на чл. 2 от Наредба № 3 от 17 януари 2001г. за условията и реда за придобиване правоспособност за упражняване на професията „Монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ асансьорите могат да се монтират, поддържат и ремонтват от лица, навършили 18 години и придобили правоспособност при условията и реда на наредбата. Съгласно чл. 3 от Наредбата Монтьорите на асансьори трябва да имат познания и практически умения, които да гарантират безопасността и опазване здравето на работещите по времена изпълняваната работа и на ползвателите по време на експлоатацията на асансьорите.

В конкретния случай органът твърди за нарушение на чл. 2, ал. 2, вр. чл. 2 ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, тъй като с формулираното изискване участниците, да разполагат с лице с правоспособност, придобита съгласно Наредба № 3 от 17 януари 2001г. за условията и реда за придобиване правоспособност за упражняване на професията „монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“, възложителят необосновано ограничава възможността за участие в поръчката на чуждестранни кандидати и/или такива, разполагащи с експерти, придобили професионална квалификация в друга страна членка, позволяващи им да изпълнят предмета на поръчката.

В това отношение, следва да се отбележи, че процедурите за възлагане на обществени поръчки са способ за задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства от всякакъв характер. При възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. Чрез тях по същество същият определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката, в случай, че бъде избран за изпълнител. Оперативната му самостоятелност винаги е ограничена от принципите, регламентирани в закона, в това число по чл. 2, ал. 1 т. 1, т.2 от ЗОП за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и осигуряването на свободна конкуренция, в качеството им на

основополагащи начала, с които възложителите следва да се съобразяват при всяко едно възлагане в условията на закона. Граница на тази преценка са и всички специфични правила на закона. Т. правило безспорно се явява и чл. 2, ал. 2 ЗОП, съгласно която разпоредба възложителите нямат право да включват в решението, обявлението или документацията условия или изисквания, които дават предимство или необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка. В случая възложителят – като критерий за подбор, е изискал потенциалните участници да притежават експерти с правоспособност за упражняване на професията „монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“, придобита единствено и само съгласно реда и условията на Наредба № 3 от 17 януари 2001г. за условията и реда за придобиване правоспособност за упражняване на професията „монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ и така необосновано ограничил участието в обществената поръчка, в нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП. От документацията е видно, че възложителят не е предвидил възможност за икономическите оператори да докажат съответствието си с критерия за подбор, посредством експерти, които са придобили професионални квалификации в други държави с призната правоспособност по реда на Закона за признаване на професионалните квалификации (З.). Както правилно приема Р., възложителят – като критерий за подбор, е изискал потенциалните участници да придобили само и единствено правоспособност за упражняване на професията „монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори“ по смисъла на конкретен български нормативен акт - Наредба № 3 от 17 януари 2001г. с предвидената в наредбата процедура по обучение, изпити и оценяване. Поставеният критерий ограничава възможността на чуждестранни кандидати и/или такива с експерти, придобили в друга държава професионална квалификация (призната по З.) да участват в поръчката. С ограничителното условие, възложителят не е допуснал неопределен потенциален кръг участници да подадат оферта, като по този начин е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. Доводите на жалбоподателя, че заинтересовани стопански субекти са могли да искат разяснения са ирелевантни към процесния казус, защото не се твърди неяснотата на изискването на възложителя, а че то ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка. От такова естество са доводите с позоваване на чл. 36, ал.1, т.7 от ЗОП.

Посоченото изискване към участниците да разполагат с експерт с правоспособност, придобита единствено и само по реда и условията на Наредба № 3 от 17.01.2001 г. за условията и реда за придобиване на правоспособност за упражняване на професията "монтьор по монтиране, поддържане и ремонтване на асансьори", издадена от министъра на образованието и науката и министъра на труда и социалната политика, обн., ДВ, бр. 9 от 30.01.2001 г., в сила от 2.03.2001 г., е дискриминационно по национален признак, поради което изпълнява фактическия състав на нередността по т. 10, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, която се прилага когато са налице „основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания, за което се следва 10 % корекция, предвид наличие на минимално ниво на конкуренция.

По отношение на твърдяното нарушение по чл. 112, ал. 2, т. 2, чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП във вр. с чл. 121, ал.1 от ЗОП, чл. 2, ал.1, т. 4 от ЗОП, по т. 2 от оспореното решение на Р..

Констатацията на АО е за недоказано съответствие с критерий за подбор на етап сключване на договор с избрания за изпълнител участник. Административният орган

е констатирал, че в ЕЕДОП участникът за изпълнена сходна дейност е посочил: „Доставка, монтаж и узаконяване на 1 брой пътнически асансьор ORONA за обект: Бутик хотел с площадкови Ел и ВиК мрежи ЗП-815 кв. м. РЗП-3186,78 кв. м., четвърта категория в УПИ ХХХ-35.83(ПИ 67800.35.83) м. „Света М.“ землище на [населено място]“. По този начин, въпреки посоченото от участника узаконяване, а не формулировката на възложителя - въвеждане в експлоатация, с така попълнената в ЕЕДОП информация, участникът е изпълнил изискването за сходна дейност. Посочил е, обаче, че класираният участник, преди сключване на договора за обществена поръчка, като доказателство за изпълнена сходна дейност, е представил Договор за доставка и монтаж Н:5329 от дата 02.12.2020 г. УО е констатирал, че от приложения договор се установява, че като възложител на доставката е посочен „Планекс Бургас“ ООД (член на обединението в настоящата поръчка), а като изпълнител на доставките - лице различно от участника, а именно изпълнител е „Уникен“ ЕООД. Посочил е, че не са представени допълнителни пояснения и доказателства за изпълнение на изискването на възложителя от страна на участника. Заключил е, че изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, тъй като не са налице доказателства за съответствието на класирания участник с критериите за подбор, което води до липса на прозрачност по отношение на изпълнението на изискванията за възлагане на поръчката.

Съгласно присъстващата в оспорения акт разпоредба на чл. 121, ал. 1 ЗОП възложителите създават и поддържат досие за всяка обществена поръчка с цел осигуряване на документална проследимост (одитна пътека) по отношение на всички свои действия и решения, както и на действията на комисиите за възлагане на обществени поръчки, независимо дали поръчките се възлагат с електронни средства. Съдържанието на досието е регламентирано в чл. 121, ал. 2 ЗОП и съгласно посочената разпоредба досието съдържа всички решения, обявления, документацията и други допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 - 5, описание на причините, поради които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол – и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане. Досието за всяка обществена поръчка освен документите и информацията по чл. 121, ал. 2 ЗОП включва и: документите, представени от определения за изпълнител участник преди сключването на договора (чл. 98, ал. 1, т. 7 ППЗОП).

С оглед посочената от административния орган разпоредба на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора той представи документите по чл. 58, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и документите за съответствието с поставените критерии за подбор, включително за третите лица и подизпълнителите, ако има такива. Нормата на чл. 2, ал. 1, т. 4 ЗОП, отново присъстваща в административния акт, от своя страна постановява, че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за публичност и прозрачност.

В случая изискванията на възложителя, чието неудовлетворяване се твърди от Р., са правилно възпроизведени в акта. Спорно е дали са съобразени от участника, с

когото е сключен договора.

От участника е представен Договор за доставка и монтаж Н:5329 / 02.12.2020 г. Не се спори по делото, че по договора е изпълнена дейност с предмет, сходен с предмета на поръчката. Спорно е дали на база представения Договор за доставка и монтаж е достатъчно да се приеме, че дейността е изпълнена от участника и съответно представени ли са (преди сключване на договора за ОП) изискуемите документи, доказващи съответствието с поставения критерий за подбор по т. 13.3.1 „Технически и професионални способности“, а именно: „През последните 3 (три) години, считано от датата на подаване на офертата, участникът да е изпълнил дейност с предмет, сходен или идентичен с предмета на поръчката“. Във визириания договор за доставка и монтаж от 02.12.2020 г. е записано, че същият е сключен между „Планекс Бургас“ ООД (член на Д. „П. – Х.“ – обединението в разглежданата поръчка) като възложител, а изпълнител на доставка, монтаж и „узаконяване“ (въвеждане в експлоатация) на 1 бр. пътнически асансьор за хотел в [населено място] е трето лице „Уникен“ ЕООД, което е различно от участника в разглежданата обществена поръчка. Както е посочил административния орган не са представени допълнителни пояснения и доказателства за спазване на изискването на възложителя от страна на участника за изпълнена дейност с предмет, сходен (или идентичен) с този на поръчката. В този смисъл изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, понеже не са налице доказателства за съответствието на класирания участник с разглеждания критерий за подбор, което води до липса на прозрачност по отношение на изпълнението на изискванията за възлагане на поръчката.

Горното прави извода за наличие на нарушение за правилен. Относима е именно квалификацията по т. 16, б. "а" Приложение № 1 към Наредбата. Същата (приложимата редакция) има следното съдържание – „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка: а) изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“. След като се установява, че изискуеми по процедурата и с оглед сключването на договор с изпълнителя документи (за съответствието с поставен критерий за подбор) не са били представени на възложителя, то нередността е именно тази, посочена от Р..

С оглед извода за наличие на двете гореописани нарушения на ЗОП следва да бъде обсъден и третият елемент на фактическия състав на понятието за "нередност" по смисъла на Регламент № 1303/2013, а именно – вредата. Неоснователни са доводите за липса/ недоказаност/ на визириания елемент. Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на СЕС, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (вж. например: решение I. v С., С-199/03, ЕУ: С: 2005:548, т. 31; решение Chambre LTIndre, С-465/10, ЕУ: С: 2011:867, т. 47; решение Firma, С-59/14, ЕУ: С: 2015:660, т. 24; както и решение Wrocyaw, ЕУ: С: 2016:562, т. 44).

Доколкото не може да се изключи възможността допуснатите нарушения да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то налице е основание за определяне на финансова корекция. Т.к. естеството на допуснатите нарушения не позволява да се определи тяхното точно финансово отражение върху

изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ е приложил пропорционалния метод. В решението си Р. е изложил ясни и конкретни съображения за избрания процентен показател, при съобразяване принципа на некумулиране на процентните показатели. Правилно е определена и основата за наложената корекция, формирана спрямо стойността на допустимите разходи по засегнатия договор. Съобразен е принципа за некумулиране на финансови корекции, съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности е наложена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договора.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото следва да бъде отхвърлена, а искането на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение да бъде уважено на основание чл.143, ал.4 от АПК, във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, като настоящият състав определя възнаграждение в размер на 100 лева, с оглед осъществения обем процесуално представителство.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд - София-град, Трето отделение, 81 –ви състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на здравеопазването БУЛСТАТ[ЕИК], [населено място], пл.“Света Неделя“ № 5, представлявано от министъра на здравеопазването, чрез процесуален представител -гл. юрисконсулт С., срещу Решение от 02.04.2024г. на Р. на ОПРР 2014-2020г., с което на бенефициера - Министерство на здравеопазването, е наложена финансова корекция в размер на 25% върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-002-C01-D-01 от 19.09.2023г. с изпълнител П. – Х. Д. на стойност 52 433.00 лв. без ДДС и 62 019, 60 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА Министерство на здравеопазването БУЛСТАТ[ЕИК], [населено място], пл.“Света Неделя“ № 5, да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сумата от 100 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд на Република България в 14 – дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: