

РЕШЕНИЕ

№ 293

гр. София, 17.01.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 13.10.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **8643** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), сега Закон за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ-ДВ, бр.51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г.) вр. с чл. 145 - 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба ,подадена от СТОЛИЧНА ОБЩИНА, представлявана от кмета Й. Ф., адрес: [населено място], [улица], срещу Решение на Зам.министъра на регионалното развитие и благоустройство и УО на ОПРР , с което на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс, както и чл. 143, параграф 2, и чл. 2, параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 във връзка със заповед № РД-02-14-470 / 26.05.21 г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството е приключен сигнал за нередност №1723, 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 при процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийната ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции“, съфинансирана от Европейския съюз, чрез Европейския фонд за регионално

развитие , като е определена финансова корекция в размер на 595384.81лв с ДДС ,представляващ 10% от БФП по договори : № СОА19-ДГ55-813/BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-25 от 11.12.2019 г. с изпълнител „МАРИДЕЛ 2012“ЕООД [населено място] ; № СОА19-ДГ55-360 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-19 от 03.06.2019 г с изпълнител „ИНФРА РОУС“ ЕООД [населено място] и № СОА19-ДГ55-361 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20 от 03.06.2019 г с изпълнител „СЕТАТЕХ“ЕООД [населено място] , която сума да не се верифицира при процедуране на последващи искания за плащане.

Жалбоподателят поддържа, че обжалваното решение е нищожно ,а в условията на алтернативност незаконосъобразно и неправилно, постановено при съществено нарушение на административно-производствените правила, в противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. Излагат се доводи, че процесното решение е издадено от некомпетентен орган , тъй като зам.министъра на Р. и УО на ОПРР не е субект на специалната компетентност да издава решения за финансови корекции по ЗУСЕСИФ , нито е надлежно упълномощен по надлежния ред. Изтъква ,че са нарушения основни принципи на АПК и принципите на европейското административно право ,като най-съществено е засегнат принципа на съразмерност –чл.6 от АПК . Счита ,че налагането на финансова корекция без да е налице правна обосновка за извършено нарушение и засягане на общия бюджет на ЕС ,обулавя превратно упражняване на власт.

Конкретизира , че са налице несъответствия с правилата за налагане на финансова корекция, в това число: в обжалваното решение не се съдържат обективирани и мотивирани заключения за извършена нередност; не е доказано по безспорен начин нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС; липса на безспорни доказателства за извършено нарушение. Излагат се подробни аргументи за обективна несъоставомерност на всяко едно от нарушенията ,които са вменени на жалбоподателя и иска оспореното решение да бъде отменено. Претендира разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят Столична община, чрез адв.С. и адв.Б. поддържа жалбата. Претендира разноски, за което представя списък.

Ответникът - Ръководителят на УО на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. /ОПРР/ и Заместник министър на регионалното развитие и благоустройството, не изпраща представител в съд.заседание. Прави се искане в молба от 12.10.2022г / стр.424 от делото / за потвърждаване на оспореното решение като законосъобразно и се поддържат писмената защита от 26.01.2022г /стр.375 и сл.от делото / . Претендира юрисконсултско възнаграждение.

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

Предмет на оспорване е Решение / без номер/ ,постановено на основание чл.73 ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс,с което е приключен сигнал за нередност №1723, 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 при процедура за възлагане на обществена

поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийната ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции“, съфинансирана от Европейския съюз, чрез Европейския фонд за регионално развитие, като е определена финансова корекция в размер на общо 595384.81лв с ДДС, представляващ 10% от БФП по договори: № СОА19-ДГ55-813/BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-25 от 11.12.2019 г. с изпълнител „МАРИДЕЛ 2012“ ЕООД [населено място]; № СОА19-ДГ55-360 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-19 от 03.06.2019 г с изпълнител „ИНФРА РОУС“ ЕООД [населено място] и № СОА19-ДГ55-361 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20 от 03.06.2019 г с изпълнител „СЕТАТЕХ“ ЕООД [населено място], която сума да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане.

Не се спори от страните в процеса, че жалбоподателя е бенефициент на БФП по проект № BG16RFOP001 -1.001 -0001-C05 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община“, който 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 28.06.2018 г. между Столична община и управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 г. е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-1.001-0001-C01 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община“ /същият се намира на стр.324 и следващи от делото /.

Със свое решение № СОА18-РД93-46/26.03.2018 г. /стр.269 от делото /, на основание чл. 182, ал. 1 във вр. с чл. 73 ал. 1 от ЗОП бенефициентът – Столична община – в качеството си на възложител е открил процедура за възлагане на обществена поръчка по реда на „открита процедура“, с предмет: „Строителство/основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийната ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции“.

На 28.03.2018г е изпратено обявлението на Обществената поръчка до ОВ на ЕС /стр.210 и сл. От делото /. В резултат от проведената процедура са сключени следните договори, по отношение на които са установени нарушения при провеждането на обществената поръчка:

- За обособена позиция № 3 - Сключен договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-25/11.12.2019 г. с изпълнител „МАРИДЕЛ 2012“ ЕООД на стойност 1 091 527,80 лв. без ДДС, с предмет на договор „Основен ремонт/реконструкция на 102 ОУ „П. В.“, [улица], район „Н.“ – стр.303 от делото ;

- За обособена позиция № 4 - Сключен договор № BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-19/03.06.2019 г, с изпълнител „ИНФРА РОУДС“ ЕООД на стойност 1 951 512,87 лв. без ДДС, с предмет на договор „Основен ремонт/реконструкция на 113 СОУ (ново 113 СУ) „С. Ф.“, [улица] ([улица]), район „И.“ – стр.211 от делото

- За обособена позиция № 5 - Сключен договор BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20/03.06.2019 г. с изпълнител „СЕТАТЕХ“ ЕООД на стойност 1 918 499,43 лв. без ДДС, с предмет на договор „Пристройка на два и един

етажа за четири групи, кухненски блок и административно-учебна част към ЦДГ № 53 (нова ДГ №153) „Света троица”, I етап - административно учебен корпус и изместване на съществуващ топлопровод и абонатна станция, II етап - двуетажен корпус за четири градински групи, [улица], район „И.” – стр.252 от делото .

В следствие на подаден сигнал със съмнение за нередност, във връзка с изпълнението на Договор за предоставяне на БФП № BG16RFOP001-1.001-0001-C01 „Изграждане, основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община“ е регистриран сигнал под № 1723 от Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“.

Въз основа на този сигнал е стартирана процедура по чл.73 от ЗУСЕСИФ.

Извършен е контрол на проведената процедура и са установени нередности при провеждане на ОП по горепосочените обособени позиции, класифицирани както следва :

- т. 10 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г., изм. И доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020 г. - „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”, б. „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“ ,с оглед извършено нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 във връзка с чл. 59, ал. 2, изр. 2 от ЗОП във връзка с чл. 171а от ЗУТ.

- т. 11 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март., изм. И доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020 г - „Използване на: основания за отстраняване,критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, б. „б)” „случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“,поради нарушаване на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 5, ал. 2 и ал. 3 от Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи

- т. 11 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март., изм. И доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020 г - „Използване на: основания за отстраняване,критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но

ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, б. „б)” „случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“, поради нарушаване на чл. 2, ал. 1 т. 1 и т. 2 и ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" З. .

- т. 11 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март., изм. И доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020 г - „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, б. „б)” „случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“, поради нарушаване на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З.

- т. 11 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28 март., изм. И доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020 г - „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците”, б. „б)” „случаите, при които са приложени дискриминационни критерии /условия/ спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор“, поради нарушаване на чл. 70, ал. 7, т. 1 и 2 от ЗОП във връзка с чл. 107, ал. 2, б. „а” от ЗОП; чл. 70, ал. 5, изр. 3 и ал. 7, т. 2 и 3, б. „б“ и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, както и чл. 33, ал. 1, изр. 2 от ППЗОП.

Посочените нарушения са дефинирани като „нередност” по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, което предполагало пораждаване на задължение за възстановяване изцяло или частично на получената сума след прилагане на финансова корекция (чл. 143 от Регламент (ЕС) 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета). Посочва се в обжалваното пред съда решение по чл.73 от ЗУСЕСИФ, че обстоятелството дали нарушенията са възпрепятствали необосновано участието на други лица в процедурата, както и финансовото отражение, което е задължително при налагането на финансови корекции съгласно чл. 3, ал. 1 от Наредбата, се презюмира и не следва да бъде предмет на отделно доказване. Цитирани са Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент Хз 1083/2006 г. и се стига до заключение, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват

нередност. За сметка на това няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение.

При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 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 при констатирани нередности, посочени в приложение № 1, засягащи едни и същи разходи (какъвто е настоящият случай), процентът на финансови корекции не се натрупва.

В този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което следва да се определи обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер в случая е равен в случая на 10 % от допустимите разходи по сключените договори с изпълнители по обособени позиции 3, 4 и 5.

В резултат на горните констатации е издадено оспореното Решение / без номер/ ,с което е приключен сигнал за нередност №1723, 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 при процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Строителство/основен ремонт/ реконструкция и внедряване на мерки за повишаване на енергийната ефективност на училища и детски градини на територията на Столична община по 8 обособени позиции“, съфинансирана от Европейския съюз, чрез Европейския фонд за регионално развитие и е определена финансова корекция в размер на общо 595384.81лв с ДДС ,представляващ 10% от БФП по договори : № СОА19-ДГ55-813/BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-25 от 11.12.2019 г. с изпълнител „МАРИДЕЛ 2012“ЕООД [населено място] ; № СОА19-ДГ55-360 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-19 от 03.06.2019 г с изпълнител „ИНФРА РОУС“ ЕООД [населено място] и № СОА19-ДГ55-361 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20 от 03.06.2019 г с изпълнител „СЕТАТЕХ“ЕООД [населено място] , която сума да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 04.08.2021 г., чрез ИСУН /доказателства за връчването на акта са представени на стр.118 от делото /, жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 18.08.2021 г. и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Оспореното решение е издадено и подписано от заместник-министъра

на регионалното развитие и благоустройство и ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ (ОПРР) 2014-2020 г. 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. Видно от Заповед №РД-02-14-470 от 26.05.2021 г. / стр.69 от делото / , издадена от Министъра на регионалното развитие и благоустройството, В. В. -заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството е определена, да ръководи и организира дейността на Управляващ орган на ОПРР 2014 - 2020 г. Съгласно чл. 7, ал. 1, т. 2, предл. 2 от ЗУСЕСИФ, органът на изпълнителната власт, отговорен за управлението на средствата от ЕСИФ е министърът, отговарящ за цялостната организация, координация и контрол на системата за управление на средствата от ЕСИФ. По силата на чл. 9, ал. 1 и ал. 4 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, които се създават като звено в администрация по реда на Закона за администрацията. В чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ е посочено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган. Следователно обжалваното е издадено от компетентен орган. Актът е подписан с валиден квалифициран електронен подпис на издателят му зам.министър на регионалното развитие и благоустройството - В. В. , видно от приложения в ел.диск файл на квалифициран ел.подпис на същата.

Спазени са изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл.59 ал.2 от АПК във връзка с чл.73 ал.1 от ЗУСЕСИФ.

В чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ е уредена процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът 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. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Както вече се посочи, за констатираните нарушения бенефициентът е уведомен с писмо на УО на ОПРР връчено чрез ИСУН.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административно-производствените

правила, водещи до неговата нищожност.

Обстоятелството, че нито адресата на акта – СО, нито съда разполагат с данни кой е подал сигнала за нередност не е обстоятелство, което може да повлияе на процесуалната законосъобразност на акта и на възможността жалбоподателя да организира защита си срещу крайния акт, а именно решението по чл. 73 ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Съгласно чл.70 ал.1 т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ; Съгласно чл. 143 (1) от РЕГЛАМЕНТ (ЕС) № 1303/2013 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл.2, т.37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая Столична община участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г. В

този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице. Съгласно чл.70 ал.2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1 т.9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма „Региони в растеж“ за програмен период 2014– 2020 г., поради което приложима по отношение на нея 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 ЗУСЕСИФ. Съдът следва да обсъди налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна. Необходимо е да се извърши проверка, дали е извършено от жалбоподателя твърдяното нарушение и в случай, че е извършено такова, да се установи има ли или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Трябва да се изследва и доколко е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В настоящия случай, съдът следва да се произнесе относно наличието на „нередност“, в посочения по-горе смисъл анализирайки констатациите, направени от УО по ОП „Региони в растеж“ в оспореното решение.

Съдържащата се в ЗОП нормативна уредба регламентира различни способности за задоволяване потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки. Законът предоставя право на възложителя, независимо от това по какъв ред ще проведе процедурата си, да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и съответни на желаното качество изисквания към изпълнението. Възложителят разполага с оперативна самостоятелност при определянето на критериите за подбор и условията към изпълнението, която обаче има своите граници – свободата на преценка винаги е обусловена от съобразяване с принципите, заложили в чл. 2, ал. 1 ЗОП, както и с

правилото, регламентирано в ал. 2 с. 3., според което при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В този смисъл преценката за законосъобразност на извършената финансова корекция с решение по чл.73 от ЗУСЕСИФ , чрез отмяна на финансова подкрепа със средства от ЕСИФ, е обусловена от проверка доколко възложителят при въвеждане на изискванията в утвърдената документация за участие е спазил границите на оперативната самостоятелност и не е нарушил забраната, въведена с императивните разпоредби на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 ЗОП.

На първо място е установено ,въвеждането на ограничителен критерий за подбор по отношение на участниците в процедурата, свързан с изискването за наличието на застраховка по чл.171 от ЗУТ ,без да е предоставена възможност за представяне на еквивалентен документ, издаден от съответния национален орган, в съответствие с **чл.171а ал.1 от ЗУТ.**

С това свое действие ,съдът намира че възложителя е допуснал нарушението на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП - ограничителни критерии по отношение на изискването за застраховка „професионална отговорност" ,доколкото в документацията възложителят не е посочил възможност за чуждестранните участници да представят еквивалентен документ, съгласно националното си законодателство, което от своя страна се явява ограничително условие по отношение на участниците чужденци. Потенциални участници от трети държави биха могли да притежават застраховка „професионална отговорност", но по реда на националното им законодателство, а не по реда, предвиден в българския Закон за устройство на територията. С посоченото изискване, без да е предвидена възможност за чуждестранните участници да представят еквивалентен документ съгласно националното си законодателство, се явява ограничително по отношение на чуждестранните участници, които са застраховали професионалната си дейност, но не по реда на посочения от възложителя национален нормативен акт, а по реда на своето национално законодателство. Съгласно чл. 171а, ал. 1 от ЗУТ, изискването за застраховка за професионална отговорност на лицата по чл. 171, ал. 1 не се прилага за лице от държава - членка на Европейския съюз, или от друга държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо

пространство, което се установява на територията на Република България и е предоставило еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава - членка на Европейския съюз, или в страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство.

По делото не е спорно, а и се установява от ангажираната доказателствена съвкупност, че възложителят е поставил изискване към участниците в процедурата да имат застраховка "Професионална отговорност" по чл. 171, ал. 1 ЗУТ. Не е спорно и, че препратка към относимото към чуждестранните икономически оператори правило на чл. 171а, ал. 1 с. 3. не се съдържа в документацията по поръчката. Спорно е дали този пропуск рефлектира върху кръга от заинтересувани от участие стопански субекти, и по-специално дали оказва разубеждаващ ефект спрямо чуждестранните такива.

Разпоредбата на чл. 171, ал. 1 ЗУТ регламентира задължение за застраховане на професионалната отговорност на няколко категории лица, а именно: проектанта, лицето, упражняващо технически контрол по част "Конструктивна", консултанта, строителя и лицето, упражняващо строителен надзор. Посочената норма очертава и обхвата на тази отговорност, който се ограничава до вреди, причинени на други участници в строителството и/или на трети лица, вследствие на неправомерни действия или бездействия при или по повод изпълнение на задълженията им. По аргумент от чл. 171а, ал. 1 ЗУТ изискването за застраховка за професионална отговорност на лицата по чл. 171, ал. 1 не се прилага за лице от държава - членка на Европейския съюз (ЕС), или от друга държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство (ЕИП), което се установява на територията на Република България (РБ) и е предоставило еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава членка на ЕС, или в страна по Споразумението за ЕИП. Следователно с предписанието на чл. 171а, ал. 1 ЗУТ националният законодател е предвидил изключение от правилото, съдържащо се в чл. 171, ал. 1 с. 3., по отношение на чуждестранните лица, ангажирани с дейности, попадащи в приложното поле на разпоредбата, и разполагащи с еквивалентен документ за застраховка, издаден в държавата, където упражняват дейността си. Нормата, въвеждаща правилото и тази, изключваща неговото приложение, имат аналогична юридическа сила, предвид идентичността на нормативния акт, в който се съдържат, и категорично императивния им характер. Тази логика предполага при приложимост на двете разпоредби спрямо дадена възлагателна процедура

да бъдат цитирани и двете, а не само една от тях.

В случая възложителят изрично и на няколко места се е позовал на чл. 171, ал. 1 ЗУТ, без да посочи или поне да насочи към относимата спрямо чуждестранните оператори норма на чл. 171а, ал. 1 с. 3., с което да покаже, че не изключва изискването на чл. 171а ЗУТ. По този начин, както правилно е приел административният орган, е нарушена забраната на чл. 2, ал. 2 ЗОП да се ограничава конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. Като не е посочено, че чуждестранните лица могат да представят еквивалентен документ за доказване на изпълнението на изискването за притежаване на застраховка "Професионална отговорност", потенциално заинтересованите такива лица биха били разубедени и е възможно да са се въздържали от участие поради това, че не съответстват на едно от изискванията на възложителя. Обратен извод не следва от пояснението, възпроизвеждащо разпоредбата на чл. 62, ал. 2 ЗОП. Тази норма касае доказването на изискуемата застраховка "Професионална отговорност" и не може да отмени спазването на задължението, произтичащо от чл. 2, ал. 2 ЗОП. Като не е посочено, че чуждестранните лица могат да представят еквивалентен документ за доказване на изпълнението на изискването за притежаване на застраховка "Професионална отговорност", потенциално заинтересованите такива лица биха били разубедени и е възможно да са се въздържали от участие, поради това, че не съответстват на едно от изискванията на възложителя. Въпреки изричната регламентация на чл. 171а ЗУТ, то тя е следвало да бъде посочена наред с тази, касаеща лицата, регистрирани или осъществяващи дейността си на територията на България – чл. 171, ал. 1 ЗУТ, т. к. чуждестранните лица не е задължително да са запознати със законодателството на страната, в която подават оферта. В този смисъл е и формиралата се по аналогични правни казуси съдебна практика на Върховния административен съд, която и настоящият състав споделя - Вж. например: Решение № 14160/20.11.2018 г., постановено по адм. дело № 7165/2018 г., VII о. на Върховния административен съд, Решение № 13380/09.10.2019 г., постановено по адм. дело № 3742/2019 г., VII о. на Върховния административен съд, Решение № 8800/06.07.2020 г., постановено по адм. дело № 10931/2019 г., VII о. на Върховния административен съд, Решение № 4130/13.04.2020 г., постановено по адм. дело № 9765/2019 г., VII о. на Върховния административен съд, Решение № 9185/16.08.2021 г., постановено по адм. дело № 4558/2021 г., VII о. на Върховния административен съд и др.

По силата на чл. 2, ал. 1 ЗОП обществените поръчки следва се възлагат в съответствие с принципите за равнопоставеност, недопускане на дискриминация и осигуряването на свободна и лоялна конкуренция. Гаранция за спазването на тези принципи е ограничението по чл. 2, ал. 2 с. 3., което в случая е нарушено. Ето защо законосъобразно посоченото нарушение на чл.2 ал.2 от ЗОП във вр. с чл.171а от ЗУТ е квалифицирано като нередност по т.10 от Раздел 1 към Приложение 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности приета с ПМС № 57/28.03.2017г., в редакцията, обн. в ДВ бр.19/06.03.2020г. и за него е определен 10 % размер на финансовата корекция върху поисканите за възстановяване разходи от засегнатите договори с изпълнители.

Останалите нарушения са квалифицирани като нередност по т.11 б.Б от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/28.03.2017г., в редакцията, обн. в ДВ бр.19/06.03.2020г., като за тях е определен 5 % размер на финансовата корекция върху поисканите за възстановяване разходи от засегнатите договори с изпълнители.

Относно нарушението на чл. 59, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 5, ал. 2 и ал. 3 от Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи,съдът намира следното :

УО е установил ,че в обявлението и документацията за поръчката е поставено изискване , експерта по „Безопасност и здраве“ да има висше образование степен „Магистър“ в областта на строителното инженерство или еквивалент, да притежава валидно удостоверение „Координатор по безопасност и здраве“ , „специалист по БЗР“ или еквивалентен документ.

Съдът намира за правилни изводите на адм.орган ,че тези изисквания са ограничителни спрямо експерт „координатор безопасност и здраве" и поставянето им необосновано ограничава възможността за участие на лица,разполагащи с експерт по безопасност и здраве,но чието образование и професионална квалификация са различни от посочените от възложителя. Специфичните изисквания и правила за тези лица по отношение дейности в строителството се съдържат в Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи , на която правилно се е позовал административният орган при обосноваване на изводите си. Съгласно чл. 5, ал. 2 от същата , „координатор безопасност и здраве" (КБЗ) 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. Съгласно ал. 3 на същата разпоредба, функциите на КБЗ могат да се изпълняват за етапа на инвестиционното проектиране и от: консултант (за строежи от всички категории) или лице с пълна проектантска правоспособност (за строежи от трета до пета категория); а за етапа на изпълнението на строежа - и от консултант (за строежи от първа до четвърта категория), съответно технически ръководител (за строежи от пета категория). Следователно, изискванията по отношение на квалификацията и техническата компетентност за КБЗ са посочени общо – те следва да са в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, без да съществува изискване да са придобити по определена специалност. Допълнението и конкретизацията в ал. 3, т. 2 касае възможността на съответния етап от изпълнение на строежа, функциите на координатор по безопасност и здраве да бъдат възлагани и на други лица в зависимост от категорията на строежа - консултант или технически ръководител. Поради това - няма нормативно закрепено изискване за лицето, което ще осъществява функции на КБЗ, да бъде само такова с висше образование „магистър“ в областта на строителното инженерство. Изискването към професионалната компетентност на специалиста по ЗБУТ е ограничително, тъй като ефективното изпълнение на отговорностите му е обезпечено от условията за професионален опит и за специална правоспособност. Поради това съдът намира, че обосновано административният орган в оспореното решение е приел, че поставеното от възложителя изискване се явява ограничително - в нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП и на принципите на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и свободна конкуренция. Не се оспорва оперативната самостоятелност на възложителя да заложи определени изисквания спрямо участниците, с оглед спецификата на предмета на поръчката. Тази оперативна самостоятелност обаче не е неограничена и следва да бъде съобразена с разпоредбата на чл. 2. ал. 2 от ЗОП, която забранява изрично възложителите да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в поръчката и които не са съобразени с предмета, стойността, количеството или обема на обществената поръчка. Обстоятелството, че строително-ремонтните дейности ще се извършват в учебни заведения, където тече присъствен учебен процес и е приоритет запазване живота и здравето на децата и педагогическия персонал не променя императивното задължение на възложителя да спазва разпоредбата на чл. 2 ал. 2 от ЗОП.

Относно нарушението на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 59 ал.2 от ЗОП във връзка с чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" З. - ограничителен критерии по отношение на експерт „контрол на качеството“ съдът приема следното:

Съгласно изискването на чл. 15. ал. 1, т. 4. буква „б“ и т. 5 от Закона за камарата на строителите, за да бъдат вписани в регистъра, строителите следва да 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, като наетият технически персонал притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит. познания и техническа компетентност по националното законодателство. В нормативната уредба липсва изискване за минимално необходимо образование за изпълнение на длъжността „контрол по качеството в строителството“. В Раздел III. I. 3. от Обявлението възложителят е поставил изискване „участникът да разполага с ключов експерт „отговорник по контрола на качеството, който да има образование и професионална квалификация съгласно чл. 163а. ал. 2 от ЗУТ, да притежава минимум 3 г. професионален опит като контрол по качеството в строителството; да има валиден сертификат за преминал курс за контрол на качеството“. Съгласно чл. 163а, ал. 2 от ЗУТ, технически правоспособни са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "строителен инженер", "инженер" или "архитект", както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника". Възложителят Столична община необосновано е ограничил лицата, които имат капацитет да изпълнят поръчката, но разполагат с експерти с друга професионална квалификация, преминали например обучение за осъществяване на контрол върху качеството и притежаващи съответния сертификат. Поради това е прието наличието на нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, тъй като възложителят е формулирал условие, което необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществените поръчки, разполагащи с експерти с друга образователна/професионална квалификация и със съответно удостоверение за преминалото обучение. УО на ОПРР е приел, че при липса на нормативно заложен изисквания по отношение на образователната квалификация на експерт „контрол на качеството“, квалификация след преминал курс за Контрол на качеството в строителството могат да

получат както строителни инженери, така и експерти с друг вид образователна/професионална квалификация, като се има предвид съществуващи специалности, изучавани във висши учебни заведения. Поради това, УО на ОПРР правилно е стигнал до заключение, че въведеното изискване е завишено и ограничително, тъй като за изпълнение на длъжността не е необходима определената от възложителя професионална/образователна квалификация. В заключение УО на ОПРР с приел закономерно, че с поставянето на изискване за определени образователни/професионални квалификации за експерта в екипа за контрол на качеството, е допуснато нарушение на чл. 2. ал. 2 от ЗОП. вр. чл. 59 ал.2 и чл.2 ал.1 т.1 и т.2 от ЗОП, тъй като възложителят е стеснил кръга от участници, които разполагат с експерти „контрол на качеството“, притежаващи друга образователна/професионална квалификация и сертификата за преминато обучение.

Относно нарушението на чл.59 ал.2 и ал.6 от ЗОП във вр.с чл.3 ал.3 от З.,съдът намира следното :

В обявлението за обществена поръчка,раздел III.3 „Изисквания за годността /правоспособността/ за упражняване на професионална дейност и в документацията е поставено изискване „Участника трябва да е вписан в Централния професионален регистър на строителя за съответната група и категория строеж по съответната обособена позиция,а за чуждестранни лица – в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка,в която са установени ,както следва :

-Ако участника подава оферта за обособена позиция 1,2,3,4 ,6 и 8 трябва да е вписан в ЦПРС за първа група , трета категория строежи

-Ако участника подава оферта за обособена позиция 1,5 и 7 трябва да е вписанв ЦПРС за първа група , четвърта категория строежи .

В случай, че участникът е обединение, което не е юридическо лице, спазването на изискването се доказва от тези членове на обединението, които съобразно разпределението по изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението, са ангажирани с изпълнение на строителството. Нарушението е изведено от изискването на чл.3 ал.3 Закона за К. на строителите, който не въвежда подобно изискване за всеки член на обединението, а само по отношение на поне на един от участниците в обединението, когато то е за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи.

Развити са мотиви в оспореното решение , съгласно които, изискването всеки член на обединението да е регистриран в ЦПРС, необосновано ограничава участието на субекти, които не притежават съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да

участват в изпълнението на строително-монтажни дейности съвместно с регистрирано по надлежния ред лице.

В чл. 3, ал. 2 от З. са въведени специални изисквания към лицата, извършващи строителство на територията на Република България, като предвижда строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от ЗУТ или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство", да бъдат вписани в ЦПРС. Съгласно чл. 3, ал. 3 от З., когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра, като ал. 4 изрично предвижда, че участието в обединението по ал. 3 не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра, самостоятелно да изпълняват отделни строителни и монтажни работи по ал. 2.

В документацията по процесната обществена поръчка, като забележка е направено следното уточнение: "При участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критерия за подбор се доказва от всяко от лицата, включени в обединението, които ще изпълняват строителни дейности, съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението". Анализът на така направеното уточнение показва, че посоченото условие касае не всички участници в обединението, а само тези, които извършват строителство съобразно предвиденото в договора за създаване на обединението. Следва също да се отчете и обстоятелството, че текста на така въведеното изискване изцяло възпроизвежда израза в разпоредбата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП. В този смисъл следва извода, че когато извършват строителство съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението, участниците в обединението самостоятелно изпълняват строежи или отделни строителни и монтажни работи. Изискването поне един от участниците в обединението да бъде вписан в регистъра за съответната категория строеж е приложимо тогава, когато с оглед на разпределението на дейностите в обединението именно той ще извършва тези от строежите или тези от строителните и монтажни дейности, за които се изисква регистрация. Ако повече от един от членовете на обединението ще извършват дейности, за които се изисква регистрация, следва всеки от тях да бъде вписан в регистъра за съответната дейност, която ще извършва с оглед на постигнатото между членовете на обединението съгласие за

разпределение на дейностите. Именно това тълкуване съответства на разпоредбата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП.

В съответствие с тези мотиви съдът намира, че така въведеното изискване не се явява ограничително, т. е. не е налице нарушаване на разпоредбите на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП, във връзка с чл. 3, ал. 3 от З., както неправилно е приел административния орган. Доколкото в случая липсва нарушаване на разпоредби на националното право, не е налице съществен елемент от състава на понятието "нередност", дадено в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския съюз и на Съвета, поради което и определянето на финансова корекция в размер на 5% е незаконосъобразно.

Независимо от горното, в случая не е налице основание за отмяна на оспореното решение в частта по т. 1.4 от раздел I "описание на нарушенията", доколкото за всички нередности е определена една обща финансова корекция в размер на по-високата от тях - 10%, произтичаща от нарушението по т. 1.1. и с това не се променя крайния извод, относно законосъобразността на определената обща финансова корекция в размер на 10% от от БФП по договори : № СОА19-ДГ55-813/BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-25 от 11.12.2019 г. с изпълнител „МАРИДЕЛ 2012“ЕООД [населено място] ; № СОА19-ДГ55-360 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-19 от 03.06.2019 г с изпълнител „ИНФРА РОУС“ ЕООД [населено място] и № СОА19-ДГ55-361 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20 от 03.06.2019 г с изпълнител „СЕТАТЕХ“ЕООД [населено място]

Относно нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1 и 2 от ЗОП във връзка с чл. 107, ал. 2, б. „а” от ЗОП; чл. 70, ал. 5, изр. 3 и ал. 7, т. 2 и 3, б. „б“ от ЗОП вр. чл. 33, ал. 1, изр. 2 от ППЗОП:

Касае се за незаконосъобразни критерии за възлагане по отношение на подпоказател „Управление на риска” в Методиката за оценка и в подпоказател „Организация и начин на изпълнение на строителството”

Съобразно обявлението и документацията за поръчката критерия за възлагане е „оптимално съотношение качество/цена”, с показатели „Техническо предложение за изпълнение на строителството ” с максимален брой 35 точки и подпоказатели : "Управление на риска" - максимално с 10 точки и "Организация и начин на изпълнение на строителството" - с максимално 25 точки и „ Ц. за изпълнение " с максимален брой 65 точки.

Спорното в това производство нарушение касае законосъобразността на методиката за оценка, като критериите за оценка на офертите се прилагат спрямо допуснатите до участие в процедурата участници. Действително

Възложителят има свободата да изготви методика за оценка на офертите, която обаче не е неограничена. В рамките на спорния въпрос чл. 70, ал. 2, т. 3 ЗОП въвежда изискване, когато критерият за оценка е икономически най - изгодната оферта чрез избраните показатели и тяхната относителна тежест в комплексната оценка, да се осигури определяне на офертата, която предлага най-добро съотношение качество–цена. Съгласно чл. 70, ал. 4 ЗОП относителните тежести на показателите за оценка може да се определят чрез: 1. измерител на качество, включително технически параметри, естетически и функционални характеристики, достъпност, предназначение за всички потребители, социални, екологични и иновативни характеристики и иновативни търговски техники и условия; 2. организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката, или 3. обслужване и поддръжка, техническа помощ и условия, като: дата на изпълнение, начин и срок на изпълнение или срок на завършване. Разпоредбата на чл. 70, ал. 7 от ЗОП задължава възложителя в документацията да посочи методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като са предвидени три отделни изисквания към начина за определяне на оценката. Съгласно първата точка начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации. На следващо място начинът трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. На последно място начинът трябва да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за количествено определяните показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване, а за качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. Тази самостоятелност не изключва правилото, че при изготвяне на методиката възложителите трябва да спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП. Част от тези основни положения е и забраната по чл. 33, ал. 1, изр. трето ППЗОП, а именно, че в документацията за участие се определят ясни и конкретни условия, на които следва да отговарят плановете и графициите, и информацията, която трябва да съдържат. Следователно законодателят е въвел императивно изискване методиката за оценка на предложенията да съдържа точни

указания за оценяване, които да гарантират запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които да предложат оферта, целяща най-добро класиране. Показателите следва да имат точно и конкретно формулирано съдържание и с оглед степента на съответствие, да са определени точни указания за тяхното оценяване.

Липсата на ясни указания в изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки не дава възможност за обективна оценка, основана на измерими критерии и обуславя възможност за субективизъм при оценяване. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат предложения по обществената поръчка, което води до ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата .

В случая от събраните по делото доказателства, не се установи от страна на жалбоподателя, тези императивни изисквания на закона да са спазени.

В унисон с тезата на ответната страна, съдът приема, че в Методиката е налице неяснота относно обстоятелството какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания за допустимост на офертата, за да получат максимален брой точки, респективно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на допълнителните показатели на офертата.

При Подпоказател „Управление на риска“ съдът намира, че в оспореното решение законосъобразно е прието, че формулираният в методиката на възложителя начин на оценяване по този подпоказател не дава ясни указания за оценяване на предложените от участниците оферти, че липсват указания как ще се оценяват всички възможни аспекти на проявление на всеки от рисковете, както и кои мерки ще се считат за адекватни и гарантиращи ефективното управление на рисковете. Използваните от възложителя понятия като "ясно", "подробно" и "формално", независимо от дадените от него определения на тези понятия, не водят до изясняване на смисъла им. Поради това правилно в оспореното решение е прието нарушение на чл. 70, ал. 7 т.1, 2 и т.3б.б от ЗОП вр. С чл.2 ал.2 от ЗОП, който не предвижда методологията за управление на рисковете да се използва като показател за оценка.

По отношение на Подпоказател „Организация и начин на изпълнението на строителството“, който оценява предложената организация на работа, последователност на отделните строителни дейности, съдът приема, че възложителят е включил неизяснени изрази, които варират в зависимост от графата с брой точки и предполагат проява на субективност при определяне на смисъла на понятията. При дефинирането на отделните критерии за оценяване на офертите възложителят е използвал различни

неясни понятия, които предпоставят различно тълкуване, съобразно субективната преценка на членовете на оценителната комисия и на също такава субективна преценка на участниците за включването им в офертите.

В методиката липсват ясни дефиниции относно смисъла, вложен от възложителя във включените от негова страна понятия, което лишава потенциалните участници от възможност да подготвят офертите си, така че да получат максимален брой точки и да отговорят оптимално на изискванията на възложителя. Последица от тези неясни критерии е субективно оценяване от страна на комисията, както и невъзможност за участниците да подготвят оферти при максимална яснота от страна на възложителя.

С оглед на това УО на ОПРР законосъобразно е стигнал до извода, че така формулираните критерии в методиката за оценка по разглеждания подпоказател от показателя „Техническо предложение за изпълнение на строителството" не са дали възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, както и да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, същите не осигуряват на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката и на двата подпоказателя.

Неясно остава, защо административният орган свързва нарушението по чл. 70, ал. 7, т. 1 – 3 ЗОП основано на незаконосъобразна методика, с нарушението по чл. 107, т.2 б. „а“ ЗОП отнасящо се до отстраняването на участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия за изпълнение на поръчката. Двете нарушения са различни и самостоятелни и не следва да бъдат обвързвани. Изискванията към съдържанието на методика за оценка по чл. 70, ал. 7, т. 1 – 3 ЗОП се отнасят до документацията за провеждане на поръчката, като дават необходимата информация на потенциалните участници как да подготвят офертите си по най-добрия начин. Нарушението по чл. 107, т. 2, б „а“ ЗОП се проявява след отварянето на офертите като неправилно прилагане на методиката и се квалифицира като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В случая административният орган е съчетал двете нарушения и това прави неясни мотивите в тази част на оспорваното решение за определяне на финансова корекция.

Следва да се посочи, обаче че съдът извършва своята преценка за законосъобразност на оспорения пред него акт въз основа на изложените в акта фактически основания, като не е обвързан с дадената от

административния орган правна квалификация, тъй като може да прецени коя е относимата към казуса такава въз основа на направените фактически установявания. В този смисъл, доколкото в мотивите на решението ясно е посочено, че финансовата корекция се налага за допуснати конкретни нарушения на българското законодателство, то същите от фактическа страна обосновават несъответствие на разпоредбите на чл. 70, ал. 7, т.1, 2 и т. 3 „б“ от ЗОП във вр. чл. 33, ал. 1 от Правилника за прилагане на ЗОП (ППЗОП). чл. 70, ал. 7, т. 1 – 3 ЗОП т.е незаконосъобразна методика.

Така допуснатите нарушения на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017г. и подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри.

На следващо място, събраните доказателства сочат, че е налице и последната кумулативно изискуема предпоставка за налагане на финансова корекция, доколкото допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество. В тази връзка съдът напълно споделя извода на административния орган, че предвид националното и европейското законодателство (цитираната по-горе дефиниция за нередност, както и определението, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година), наличието на реална вреда не се поставя като изискване. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасяне на вреда на общия бюджет. От това следва, че нито националното, нито европейското законодателство изискват доказване на наличието на реална вреда, доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, а в случая безусловно такава възможност е налице. Това от своя страна изключва застъпената от оспорващия теза за липса на реално настъпила

щета, представляващо основание за липса на подлежаща на финансова корекция нередност.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ, който гласи: „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Определеният процентен показател по изречение първо се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания, като в този случай не се издава отделно решение за определяне на финансова корекция“ , както е процедирано в настоящия случай.

С оглед гореизложеното съдът приема, че атакуваното решение е издадено при спазване на материалния закон, доколкото по делото е безспорно установено нарушение на приложимото право на българското законодателство, извършено чрез действие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ по смисъла, вложен в чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ .

Жалбата на СО срещу същото ,следва да се отхвърли, като в полза на ответника Министерство на Регионалното развитие и благоустройство / в чиято структура е издателя на акта Зам.министъра на регионалното развитие и благоустройство и УО на ОПРР/ ,следва да се присъди юрисконсулско възнаграждение в размер на 27511.54лв , съобразно материалния интерес по чл.7 ал.2 т.6 във вр. с чл.8 ал.1 от Наредба № 1/09.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения. По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, втори състав

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на СТОЛИЧНА ОБЩИНА представлявана от кмета Й. Ф., адрес: [населено място], [улица], срещу Решение на Зам.министъра на регионалното развитие и благоустройство и УО на ОПРР , с което на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 142, ал. 1 от Административнопроцесуалния кодекс е определена финансова корекция в размер на 595384.81лв с ДДС ,представляващ 10%

от БФП по договори : №
СОА19-ДГ55-813/BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-25 от 11.12.2019 г. с
изпълнител „МАРИДЕЛ 2012“ЕООД [населено място] ; №
СОА19-ДГ55-360 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-19 от 03.06.2019 г с
изпълнител „ИНФРА РОУС“ ЕООД [населено място] и №
СОА19-ДГ55-361 / BG16RFOP001-1.001-0001-C01-S-20 от 03.06.2019 г с
изпълнител „СЕТАТЕХ“ЕООД [населено място] , която сума да не се
верифицира при процедиране на последващи искания за плащане.

ОСЪЖДА СТОЛИЧНА ОБЩИНА представлявана от кмета Й. Ф., адрес:
[населено място], [улица] да заплати на Министерство на регионалното
развитие и благоустройството сумата 27511.54лв / двадесет и седем
хиляди петстотин и единадесет лева и 54 стотинки/ , представляваща
юрисконсулско възнаграждение .

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

СЪДИЯ: