

РЕШЕНИЕ

№ 6174

гр. София, 29.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, ХХ КАСАЦИОНЕН СЪСТАВ, в публично заседание на 01.10.2021 г. в следния състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: Стефан Станчев

ЧЛЕНОВЕ: Миглена Недева

Боряна Бороджиева

при участието на секретаря Наталия Дринова и при участието на прокурора Милен Ютеров, като разгледа дело номер **5728** по описа за **2021** година докладвано от съдия Миглена Недева, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 208 - 228 от Административно - процесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл. 63 от Закона за административните нарушения и наказания (ЗАНН).

Образувано е по жалба на Сметната палата на Република България (СП), чрез пълномощника юрк. Д., против Решение №20089475 от 08.04.2021 г. постановено по НАХД № 15780/2020 г. на Софийски районен съд, НО, 7-ми състав. С обжалваното решение е отменено Наказателно постановление № ЗОП-19 /05.08.2020 г. на председателя на Сметната палата на Република България, с което на Б. К. С., в качеството му на Заместник-председател на Агенция за ядрено регулиране- [населено място] (АЯР) и лице по чл. 7, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), изпълняващо правомощията на публичен възложител по чл. 5, ал. 2, т.10 от ЗОП, съгласно Заповед за заместване №РД-22-93 от 10.05.2018г. на председателя на АЯР, на основание чл.247, ал.1, пр. 1 от ЗОП, вр. с чл. 259 и чл. 7, ал. 2, вр. с чл.260, ал.2 от ЗОП, е наложено административно наказание „ глоба“ в размер на 5 995,20 лв. за нарушение на чл.2, ал.2 вр. с чл.59, ал. 2, изр. второ от ЗОП.

В касационната жалба са развити съображения за неправилност на съдебния акт, като постановен в нарушение на материалния закон. Твърди се, че безспорно е установено нарушението на чл.2, ал.2 от ЗОП, въвеждащо забрана за възложителите

на обществени поръчки за ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти. Излага доводи, че след като специалните закони (ЗУТ, ЗКС, ЗЗБУТ и съответните подзаконови нормативни актове по тяхното прилагане), определят компетентността на лицата, които могат да заемат посочените длъжности, стесняването на техният кръг води до ограничаване на възможността в състава си потенциалните участници да имат технически правоспособни лица с друга квалификационна степен, имаща отношение към строителния процес, с изискуемия специфичен опити отговарящо на изискванията на съответните нормативни актове. Сочи се, че в конкретния случай посочените от възложителя професионални квалификации „строителен инженер“ или „строителен техник“, не са законоустановено изискване за заемана на длъжностите „технически ръководител“, „експерт контрол по качеството на изпълнение на строителството“ и „експерт по безопасност и здраве в строителството“ и ограничават възможността в поръчката да участват потенциални участници, които отговарят на всички други изисквания на възложителя. Добавянето на израза „еквивалентна“ не може да обоснове така определените минимални изисквания. Претендира отмяна на съдебното решение, както и потвърждаване на наказателното постановление. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът Б. К. С., чрез процесуалния си представител адв. П. изразява становище за неоснователност на подадената касационна жалба. В депозиран по делото писмен отговор излага подробни аргументи за правилност и законосъобразност на обжалваното решение. Претендира разноси по представен списък.

Представителят на Софийска градска прокуратура излага становище за неоснователност на касационната жалба.

Административен съд София - град, XX касационен състав като взе предвид наведените касационни доводи, извърши проверка на обжалваното съдебно решение, съобразно чл. 218, ал. 2 АПК и след като прецени събраните по делото доказателства, приема от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е ПРОЦЕСУАЛНО ДОПУСТИМА, подадена в преклузивния срок по чл.63 от ЗАНН от надлежна страна и при наличие на правен интерес от обжалване.

Разгледана по същество, жалбата е ОСНОВАТЕЛНА.

Районният съд е приел, че на 16.05.2018г. в АЯР била възложена обществена поръчка с предмет „Изпълнение на инженеринг – проектиране и изпълнение на СМР по обновяване на фасади на сградата на Агенция за ядрено регулиране – ниска част“ с публикуване на същата дата на профила на купувача на обява за събиране на оферти за обществена поръчка от чл.187 от ЗОП на прогнозна стойност от 250 000 лева без ДДС. С обявата били одобрени следните приложения: технически спецификации, методика за оценка, образци на документи и проекто-договор, публикувани на 16.05.2018 г. на профила на купувача. Предметът на поръчката включвал дейности по проектиране и изпълнение на строителство. Обявата била подписана от Б. С.. На същата дата била изпратена и информация до Агенцията за обществени поръчки (АОП) за посочената обществена поръчка.

В обявата за събиране на оферти, раздел „Условия, на които трябва да отговарят участниците“, част „Технически и професионални способности“, т.3 „Изисквания към

персонала, отговарящ за изпълнението на поръчката“, буква Б „Строителство“ и в т.9.3.3. „Изисквания към персонала, отговарящ за изпълнението на поръчката“, буква Б „Строителство“, от техническите спецификации възложителят бил поставил следните минимални изисквания: „Технически ръководител – най-малко 1 бр. – с професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“/еквивалентна, с общ професионален стаж – минимум 10 години; -Експерт Контрол по качеството – най-малко 1 бр. – Висше или средно образование с професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“ или еквивалентна. Да притежава удостоверение за контрол върху качеството на изпълнение на строителството, за съответствие на вляганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност или еквивалент. Общ професионален стаж – минимум 10 години, от които минимум 2 години на длъжност, свързана с контрол по качеството при изпълнение на СМР; -Експерт по безопасност и здраве в строителството – най-малко 1 бр. - Висше или средно образование с професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“ или еквивалентна. С общ професионален стаж – минимум 10 години и минимум 2 години на длъжност, свързана с осигуряването на здравословни и безопасни условия на труд. Да притежава актуално удостоверение за „Координатор по безопасност и здраве в строителството“.

Проверяващите преценили, че описаното по-горе съставлява нарушение на чл.2, ал.2, вр.чл.59, ал.2, изр.второ от ЗОП, чл.187, ал.1 и чл.195 от ЗОП, за което бил съставен АУАН и издадено обжалваното наказателно постановление (НП), с което на основание чл.247, ал.1, пр.1, вр.чл.259 и чл.7, ал.2, вр.чл.260, ал.2 от ЗОП, на Б. С. е наложено административно наказание „глоба“ в размер на 5 995, 20 (пет хиляди деветстотин деветдесет и пет лева и двадесет стотинки) лева.

От правна страна СРС е приел, че АУАН и НП са издадени от компетентни органи при спазване на установения ред и в преклузивните срокове по ЗАНН, но не е налице извършеното нарушение, тъй като АНО е изтъквал материалния закон неправилно и необосновано, приемайки, че поставеното изискване води до неравнопоставеност на участниците. Изложени са мотиви, че изводът за осъществено нарушение на ЗОП е направен служебно, на базата на изготвения одит, а не въз основа на оплакване на конкретни лица, които са се чувствали ощетени или дискриминирани от участие във вече приключилата обществена поръчка. Приел е, че за всяка една от посочените длъжности, по отношение на професионалната квалификация възложителят е посочил „или еквивалентна“, с което не е ограничил, а напротив – дал е възможност и на други лица с други професионални квалификации да участват. Посочил е също, че възложителят е приложил критерий за подбор на кандидатите, който е съобразен и съответен на правомощията му, визирани в чл.63 ал.1 от ЗОП, без да са били необосновано надхвърлени или изопачени. С тези мотиви СРС е отменил НП.

Обжалваното решение е постановено при неправилно приложение на материалния закон - касационно основание по чл. 348, ал. 1, т. 1 от НПК, във вр. с чл. 84 от ЗАНН.

Настоящият касационен състав счита, че са правилни изводите на районния съд относно съответствието на АУАН, с процесуалните правила за издаването му. Актът е издаден от компетентен орган, съобразно разпоредбата на чл. 261, ал.1 ЗОП, както и е съставен в рамките на сроковете по чл.261, ал.2, които се явяват специални спрямо

общата разпоредба по чл.34, ал.1 от ЗАНН, като същия съдържа предписаните от закона реквизити като минимално изискуемо съдържание - чл. 42 ЗАНН. При издаването му е спазен процесуалния ред за това, като е налице редовна процедура по връчването. Наказателното постановление също е издадено от компетентен орган, но е материално незаконосъобразно.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП предвижда, че възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

По отношение на първото минимално изискване констатирано от административният орган, като нарушение по чл. 2, ал. 2 от ЗОП по въведените в раздел „Условия, на които трябва да отговарят участниците“, част „Технически и професионални способности“, т.3 „Изисквания към персонала, отговарящ за изпълнението на поръчката“, буква Б „Строителство“ и в т.9.3.3. „Изисквания към персонала, отговарящ за изпълнението на поръчката“, буква Б „Строителство“ от обявлението за обществената поръчка и от документацията за участие условие участниците да разполагат с „Технически ръководител – най-малко 1 бр. – с професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“/еквивалентна, с общ професионален стаж – минимум 10 години, настоящият състав намира следното:

В чл. 163а, ал. 2 ЗУТ са посочени кои са технически правоспособните лица за осъществяване на техническо ръководство на строежите, а именно лицата, получили дипломи с квалификация "строителен инженер", "инженер", "архитект" или лица със средно образование с четири годишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника". Съгласно чл. 163а, ал. 4 ЗУТ технически ръководител е "строителен инженер", "архитект" или "строителен техник", който ръководи строителните работи и осигурява изпълнението на отговорностите по чл. 163, ал. 2, т. 1-5 ЗУТ. Не са предвидени други извън законоустановените в техническата спецификация към документацията за участие в процесната обществена поръчка.

В конкретният случай няма разширяване на обхвата на отговорностите, които да изискват експерти за техническо ръководство от страна на строителя със специфична специалност и образователно-квалификационна степен за реализирането на строителството, които да изключват определени професионални квалификации на инженери, за сметка на изрично посочените такива, както и да изключват лицата, притежаващи средно техническо образование в сферата на строителството в областта "Архитектура и строителство". Изискването на възложителя за професионална квалификация на лицата, съдът намира, е основание за нееднакво третиране на участниците в процедурата. По този начин безспорно е ограничил участието на лица,

разполагащи с технически ръководител, който отговаря на изискванията на ЗУТ, но не и на тези на възложителя. Така въведеното изискване за професионалната квалификация на лицата, в зависимост от степента на образованието е дискриминационно. Това е така, тъй като в конкретният случай не е налице повишена сложност на конкретните дейности в сравнение с обичайните, като особеностите в обема на конкретните дейности, ако са налице, биха предполагали единствено завишени изисквания за придобит опит, но не и за по - висок образователен ценз, който обаче не е предвиден в ЗУТ. Всяко изискване, което необосновано способства или допринася за намаляване кръга на потенциалните участници в процедурата, оказва възпиращо въздействие върху тях. Конкретните условия, поставени към участниците в откритата процедура, необосновано ограничават възможността за участие на лица, които разполагат с технически ръководители с различна професионална квалификация, но чиято квалификация също е допустима съгласно разпоредбата на чл. 163а, ла. 4 от ЗУТ.

До същите изводи достига съдът и по отношение на минималните изисквания за „Експерт Контрол по качеството“ въведени в раздел „Условия, на които трябва да отговарят участниците“, част „Технически и професионални способности“, т.3 „Изисквания към персонала, отговарящ за изпълнението на поръчката“, буква Б „Строителство“ и в т.9.3.3. „Изисквания към персонала, отговарящ за изпълнението на поръчката“, буква Б „Строителство“ от обявлението за обществената поръчка – най-малко 1 бр. – Висше или средно образование с професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“ или еквивалентна. Да притежава удостоверение за контрол върху качеството на изпълнение на строителството, за съответствие на влаганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност или еквивалент. Общ професионален стаж – минимум 10 години, от които минимум 2 години на длъжност, свързана с контрол по качеството при изпълнение на СМР.

Безспорно въведеното изискване за професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“ по отношение на експерта за контрол по качеството представлява нарушение на чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 59, ал. 2 ЗОП и следва да се квалифицира като ограничително условие.

В чл. 3, ал. 2 на Закона за камарата на строителите (ЗКС) е регламентирано, че строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство", подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя. Съгласно чл. 15, ал. 1, т. 4, б. "б" от ЗКС в Централния професионален регистър на строителя се вписват строители, които отговарят на посочените изисквания, между които и да разполагат с необходимия персонал, нает по трудов договор, за контрол върху качеството на изпълнение на строителството. Съгласно т. 5 и 6 на същата разпоредба, наетият технически персонал трябва да притежава необходимата правоспособност, а наетите работници да притежават необходимата професионална квалификация за изпълнение на извършваните строителни дейности.

В чл. 15, ал. 1 от ЗКС и чл. 160, ал. 1 от ЗУТ не се съдържат изисквания за конкретно образование, професионално направление, квалификация или специалност за лицата, отговарящи за контрола по качеството. За тези лица е необходимо да имат

правоспособност, познания и техническа компетентност, които се доказват с удостоверение или сертификат за контрол върху качеството на изпълнение на строителството и за съответствие на влаганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност или еквивалент.

Дейността на експерта, който контролира качеството при извършване на СМР, налага той да притежава познания в областта на строителството. Такива знания притежават всички технически правоспособни лица, посочени в чл. 163а ал. 2 от ЗУТ - получилите 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" (строителни техники).

Отделно от това, право да осъществяват контрол на строителството имат лицата, които са придобили съответната професионална квалификация по смисъла на §1, т. 5 от Закона за професионалното образование и обучение (ЗПОО). Квалификацията се придобива въз основа на проведено обучение, което не е нормативно ограничено от исканата от възложителя професионална квалификация „строителен инженер" или „строителен техник" или еквивалентна.

Обосновано е прието от органа, че посочените от възложителя професионални квалификации не са законоустановено изискване за заемане на длъжността "експерт контрол по качеството на изпълнение на строителството" и ограничават възможността за участие на потенциални изпълнители в обществена поръчка, които разполагат с експерт контрол по качеството с професионална квалификация различна от „строителен инженер" или „строителен техник" или еквивалентна. Следователно, правилно административният орган е приел, че след като българското законодателство не предвижда ограничения относно професионалната квалификация за осъществяването на дейностите по контрол върху качеството, то такова не би било редно да се въвежда и от възложителите по обществени поръчки. В този смисъл, е и константната съдебна практика на Върховния административен съд по редица решения, в частност и Решение № 8577/26.06.2018 г. по адм. д. № 3909/2018, ВАС, VII отделение, в което се разглежда идентична фактическа обстановка.

Добавянето на изразът „еквивалентна" не може да обоснове така определеното минимално изискване. Поставеният критерий за подбор не е съобразен с предмета на обществената поръчка, включващ дейности по проектиране и строителство, спрямо които са приложими нормативните разпоредби на ЗКС, ЗУТ и ЗПОО относно квалификацията на експерт по „Контрол по качеството".

По отношение на третото изискване, прието за нарушение по чл. 2, ал. 2 от ЗОП от административният орган, по въведените в обявлението за обществената поръчка и от документацията за участие условие участниците да разполагат с „Експерт по безопасност и здраве в строителството“ – най-малко 1 бр. - Висше или средно образование с професионална квалификация „Строителен инженер“ или „Строителен техник“ или еквивалентна. С общ професионален стаж – минимум 10 години и минимум 2 години на длъжност,

свързана с осигуряването на здравословни и безопасни условия на труд. Да притежава актуално удостоверение за „Координатор по безопасност и здраве в строителството“, съдът намира следното:

По силата на чл. 24 от Закона за здравословни и безопасни условия на труд (ЗЗБУТ) изпълнителят на поръчката следва да разполага с лице, което е натоварено с организиране изпълнението на дейностите по безопасност и здраве. Съгласно чл. 3 от Наредба № 3 от 27.07.1998 г. за функциите и задачите на длъжностните лица и на специализираните служби в предприятията за организиране изпълнението на дейностите, свързани със защитата от професионалните рискове и превенция на тези рискове (Наредба № 3), издадена на основание чл. 24, ал. 2 от ЗЗБУТ, органите за безопасност и здраве при работа, назначени или определени от работодателя, трябва да са специалисти с подходящо образование и квалификация, съобразно характера на дейността, да притежават необходимата теоретична и практическа подготовка, приложими в предприятието, и да отговарят на изискванията, определени в други нормативни актове. Доколкото обаче Наредба № 3 е общият нормативен акт, който регламентира изискванията, функциите и задачите на органите по безопасност и здраве във всички предприятия, 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 (Наредба № 2).

Съгласно чл. 5, ал. 2 от Наредба № 2/2004 г. координаторите по безопасност и здраве 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 чл. 5 функциите на координатор по безопасност и здраве 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). Видно от ал. 2 на посочената разпоредба, изискванията по отношение на квалификацията и техническата компетентност 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 - 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, извън тези по, ал. 2.

Съгласно чл. 163а от ЗУТ техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, т.е. функциите на координатор по

безопасност и здраве в хипотезата на чл. 5, ал. 3, т. 2 от Наредба № 2 - когато те са възложени на техническия ръководител, могат да се осъществяват от строителен инженер, архитект или строителен техник. Извън тази хипотеза обаче, съгласно, ал. 2 на разпоредбата, това могат да бъдат и други лица, притежаващи професионална квалификация в областта на строителството, проектирането или здравословното изпълнение на СМР. Следователно нормативно изискване по отношение на лицето, което ще осъществява функции на експерт по безопасност и здраве, да бъде само такова с професионална квалификация "строителен инженер" или "строителен техник" не е изрично установено в приложимата правна уредба.

При това положение, обосновано АНО е приел, че поставеното от възложителя изискване в тази насока се явява ограничително. Установеното от възложителя изискване не е съобразено с предмета на поръчката, който е за строително-монтажни работи, изискващи регистрация в ЦПРС за строежи първа група, четвърта категория, спрямо които са приложими изискванията на чл. 5 от Наредба №2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на СМР. След като законът дава възможност и допуска тези функции да бъдат изпълнявани и от архитекти - в случаите, когато те са възложени на техническия ръководител (чл. 5, ал. 3, т. 2, б. "б" от Наредба № 2 във вр. с чл. 163а, ал. 4 от ЗУТ) или други специалисти в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР (чл. 5, ал. 2 от Наредба № 2), поставеното от възложителя изискване към участниците се явява ограничително и в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. То се явява ограничително в две насоки - от една страна, потенциалните участници не могат да се възползват от възможността, предвидена в чл. 5, ал. 3 от Наредба № 2 да възложат функциите на експерт по безопасност и здраве на техническия ръководител на строежа, а от друга страна - посредством изискването тази функция да се осъществява само от лице с професия "строителен инженер" или "строителен техник".

Ограничението е довело до нарушаване принципите на свободна и лоялна конкуренция, предвид несъмнено разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които, въпреки че разполагат с квалифицирани съобразно нормативните изисквания лица за функциите на координатор/експерт по безопасност и здраве, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.

Предвид всичко изложено, изводът на СРС за недоказаност на нарушение на чл.2, ал.2, вр. чл.59, ал.2, изр.второ от ЗОП е неправилен. Това налага обжалваното решение да бъде отменено и вместо него да бъде постановено друго, с което НП да бъде потвърдено като законосъобразно издадено.

С оглед изхода на делото и във връзка с изменението чл. 63, ал.3-5 от ЗАНН /ДВ, бр.94 от 29.11.2019г./, искането на касатора за присъждане на

юрисконсултско възнаграждение е основателно и следва да се уважи в размер на 100 лева, съгласно чл. 78, ал. 8 от ГПК, приложим съгласно чл.144 от АПК във вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 25, ал. 1 от Наредба за заплащането на правната помощ /обн., ДВ, бр. 5 от 17.01.06г./.

Предвид това, Административен съд София-град, XIX касационен състав, на основание чл. 221, ал. 2 от АПК

Р Е Ш И

ОТМЕНЯ Решение №20089475 от 08.04.2021 г. постановено по НАХД № 15780/2020 г. на Софийски районен съд и вместо него ПОСТАНОВЯВА:
ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № ЗОП-19/05.08.2020 г. на председателя на Сметната палата на Република България.

ОСЪЖДА Б. К. С., ЕГН [ЕГН], да заплати на Сметната палата на Република България разноски по водене на делото в размер на 100 /сто/ лв.

Решението е окончателно и не подлежи на обжалване.

ПРЕДСЕДАТЕЛ:

ЧЛЕНОВЕ: 1.
2.