

# РЕШЕНИЕ

№ 4685

гр. София, 12.07.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 81 състав,**  
в публично заседание на 20.04.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Стоян Тонев**

при участието на секретаря Веселина Григорова, като разгледа дело номер **8719** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, вр. чл. 73 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г./

Образувано е по повод на подадена жалба от Столична община, БУЛСТАТ[ЕИК], представлявана от Кмета на Столична община, с адрес: [населено място] 1000, [улица], чрез адв. Г. П., срещу Решение от 30.08.2022г. с изх. № 1-020-0001-2-642 / 30.08.2022г. на Г. С. - Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“ и главен директор на Главна дирекция „Оперативна програма околна среда“, с което е определена финансова корекция общо в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи, по сключения Договор № СОА22-ДГ55- 318/09.06.2022г. с изпълнител „Трейс груп холд“ АД, на стойност 2 842 000 лева без ДДС.

В жалбата се излагат подробни аргументи за незаконосъобразност на оспореното решение. Твърди се за допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, като се изтъква, че в оспореното решение на РУО на ОПОС е обсъждан различен казус, нямащ отношение към процесната обществена поръчка, като се коментира Д. „КАС“ и договор на стойност 19 998 538, 90 лв. без ДДС. В този смисъл се създава впечатление, че РУО на ОПОС не е разглеждал документацията по процесния договор СОА22-ДГ55- 318/09.06.2022г. с изпълнител „Трейс груп холд“ АД на стойност 2 842 000 лева без ДДС по ОП с

предмет „И.- проектиране и строителство на обект Изграждане на канализационна мрежа за[жк], р- н „О. купел“, а е визирал друга документация. Относно претендираното от РУО нарушение по чл.2, ал.2 и чл. 59, ал.6 от ЗОП, вр.чл. 3, ал.3 от ЗКС и чл. 6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължителното застраховане в проектирането и строителството жалбоподателят счита, че не е поставен ограничителен критерий за подбор. Жалбоподателят посочва, че никъде в документацията не се съдържа задължително условие всички членове на обединението да притежават застраховка „професионална отговорност“. Относно твърденията на РУО за нарушение на чл. 70 ал.5 и ал.7 т.1, 2, 3 б. „б“, вр. чл. 2, ал.2 от ЗОП, жалбоподателят счита, че в случая не се касае до незаконосъобразна методика за оценка. Моли съда да отмени оспорвания акт, в условията на алтернативност, в случай, че приеме, че има извършена нередност, да извърши корекция по отношение на размера на засегнатите от евентуалното нарушение разходи по проекта. Претендира се разноски.

В съдебно заседание, жалбоподателят чрез процесуалния си представител поддържа жалбата и моли да бъде отменено оспореното решение. Представя подробни писмени бележки. Развива теза за липса на материална компетентност на РУО на ОПОС. Добавя, че „тълкуването на отделни елементи от документацията за участие в ОП и определянето им като хипотетично субективни, ограничителни, дискриминационни и т.н. е извън пределите на компетентността на този административен орган - РУО на ОПОС 2014- 2020“. Спира се на дефиницията за нередност, въведена с чл. 2, т. 3б от Регламент № 1303/2013, и посочва, че тежестта на доказване относно всичките елементи на нередността е на административния орган, а доказването ѝ не се е случило по делото. По отношение на претендираното нарушение по чл.2, ал.2 и чл. 59, ал.6 от ЗОП, вр.чл. 3, ал.3 от ЗКС и чл. 6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължителното застраховане в проектирането и строителството се позовава на Решение на ВАС по адм. д. № 11739/2022г. и го интерпретира в подкрепа на тезата си за липса на извършено нарушение. По отношение на претендираното нарушение на чл. 70 ал.5 и ал.7 т.1,2,3 б. „б“, вр. чл. 2, ал.2 от ЗОП цитира решения на АССГ. Сочи, че няма припокриване между минималните изисквания за допустимост и Надграждащо обстоятелство №1 по подпоказател КИ. Коментира и Надграждащо обстоятелство № 2 по подпоказател „Концепция за изпълнение“ /КИ/, както и подпоказател „Специфични социални аспекти на изпълнението на поръчката“. Излага подробни доводи, че не се касае за незаконосъобразна методика за оценка, респективно не е извършено претендираното нарушение и липсва елемент от фактическия състав на нередността. Иска отмяна на решението на РУО. Претендира разноски, съгласно списък.

Ответникът по жалбата - Ръководителят на УО на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020г. /ОПОС/и Главен директор на ГД“Оперативна програма“Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите чрез процесуалния си представител оспорва жалбата. Моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на разноски по делото и прави възражение за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение от жалбоподателя. Представя писмени бележки.

СГП, редовно уведомена, не изпраща представител в с.з.

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

Столична община е бенефициер по смисъла на чл.2,т.10 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 /„бенефициент“ с оглед на приетото от националния законодател наименование на бенефициера/ по Административен договор /л.95 и сл./ № Д-34-1/01.02.2022г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /БФП/ по оперативна програма „Околна среда 2014- 2020 г.“, съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и Кохезионния фонд на Европейския съюз по процедура чрез директно предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG16M1OP002-1.020 „Изграждане на ВиК инфраструктура на Столична община“ по конкретен бенефициент Столична община.

В изпълнение на договора за БФП е проведена обществена поръчка – открита процедура по ЗОП с предмет „И. - проектиране и строителство на обект: Доизграждане на канализационната мрежа на[жк], р-н „О. купел“.

Съгласно документацията за поръчката/приложена по делото/- Раздел -Обединения. Неперсонифицирани дружества - „ В случай, че участникът участва като обединение, което не е регистрирано като самостоятелство юридическо лице съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението“.

Съгласно документацията Раздел II, т.3 -Критерии за подбор- т.3.2. -Икономическо и финансово състояние -т.3.2.3 -„Участникът следва да е застраховал професионалната си отговорност за проектиране и строителство, съгласно чл.171,ал.1 и ал.2 от ЗУТ, както следва:

Минимално изискване: валидна застраховка „Професионална отговорност /покриваща минималната застрахователна сума за строежи втора категория, съгласно чл. 5 от Наредбата за условията и реда за задължителното застраховане в проектирането и строителството/ или еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава- членка на Европейския съюз, или в страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство.

Изискването за застраховка за професионална отговорност 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. Когато участникът е обединение, изискването важи за членовете на обединението, които са пряко ангажирани с изпълнение на съответните дейности, съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

Чуждестранните икономически оператори предоставят еквивалентни документи съгласно законодателството в държавата, в която са установени.

При подаването на офертата участникът декларира съответствието си с критерия за подбор чрез представяне на ЕЕДОП в част IV, раздел Б, „Икономическо и финансово състояние“, поле „Застрахователна полица за риск“Професионална отговорност“...“.

Съгласно документацията за поръчката, Раздел III -Критерии за възлагане на

обществената поръчка.Методика за определяне на комплексната оценка на офертата, т.1 - Указания за определяне на КО на офертата- показателите за определяне на комплексната оценка /КО/ на офертата са : техническа оценка на офертата-максимален брой точки - 100, относителна тежест - 60 % и финансова оценка на офертата- максимален брой точки - 100, относителна тежест- 40%.

От своя страна техническата оценка на офертата, включва следните подпоказатели: „Срок за изработване на технически проект“- 5 т.; „Срок за изпълнение на СМР, включително доставка, монтаж и пуск на съоръженията/ оборудването за инсталациите“-10 т., „Професионална компетентност на персонала“- 22 т.; „Специфични социални аспекти на изпълнението на поръчката“- 30 т.; „Концепция за изпълнение“ – 33 т.

За подпоказател /TQ4/ „Специфични социални аспекти на изпълнението на поръчката“, за всяка мярка, предложена от участник в подпоказателя следва да бъдат разгледани: обхват на мярката; период на изпълнение; очакван ефект, контрол. Мерките следва да са ненарушаващи обществения ред, относими към предмета на поръчката, ефективни и реалистични. Офертите на участниците, които отговарят на изискванията на възложителя се подлагат на сравнителен анализ, съпоставят се една с друга и се оценяват по следните критерии и тяхното съответствие с определен брой точки, както следва: Касае се за елемент, свързан с дейността изпълнение на строителство, който не е задължителен за офертиране, но ще доведе до допълнително качество на изпълнението и според методиката носи точки- специфични социални аспекти на изпълнението на поръчката. Във връзка незадължителния/ надграждащ елемент е посочено, че участниците могат да посочат една или повече от изчерпателно изброени мерки / действия, които са свързани със специфичните социални аспекти на изпълнението на поръчката, изброени в четири пункта -мерки за максимално намаляване на времетраенето, през което съществуващи сградни канализационни отклонения са изключени от наличната мрежа преди превключването им към новоизградената такава- технологичното изпълнение на предвидената канализационна мрежа предполага временно част от канализационните води да бъдат изключени от колекторите, като по- нататък относно коментирания незадължителен/ надграждащ елемент се коментират мерки в случая на аварийно засягане на елементи на подземната техническа инфраструктура, мерки целящи елиминиране или редуциране на вредното социално въздействие от СМР в часовия пояс 14-16 часа, както и в неработни/ почивни дни и такива за намаляване на социалното напрежение.

Подпоказател /TQ5/ „Концепция за изпълнение“ на поръчката трябва да е в съответствие с техническата спецификация и изискванията на възложителя и да съдържа минимум следните елементи: „Организационна схема за изпълнение на поръчката“; „Предложение за проектиране и строителство“;“Строителна програма и времеви график на изпълнението“; „Мерки за опазване на околната среда и контрол на социалното напрежение“. Посочен е начинът на определяне на оценката по подпоказателя. Оценките, които се дават по подпоказателя са 10, 20 и 33т.

Оценката от 10 т. се дава, когато офертата отговаря на изискванията към съдържанието на предложението за изпълнение на поръчката и е изготвена в съответствие с изискванията на възложителя.

Оценка от 20 т. се присъжда на оферта, отговаряща на условията за оценка от 10 т. и за нея се установи наличието на едно от надграждащите обстоятелства № 1 или № 2, посочени в таблицата.

Оценка от 33 т. се дава на оферта, отговаряща на условията за оценка от 10 т. и в нея се установи кумулативно наличие на надграждащите обстоятелства под №1 и № 2 от таблицата.

Надграждащите обстоятелства, обосноваващи по- високо качество на изпълнение са конкретно посочени. Относно надграждащо обстоятелство под № 1 е посочено, че в предложената концепция за изпълнение са предложени мерки за осигуряване на навременна доставка на необходимите строителни продукти, предназначени за влагане в съответния строеж и за извършване на входящия контрол за качество и съответствие на доставяните продукти с предвижданията на проекта и нормативните изисквания. За всяка една от мерките са посочени: „Същност и обхват на мярката; систематизиран план за прилагане на мярката /дейности, които се предвиждат за изпълнението ѝ/; Експерт и/ или служител, ангажиран с изпълнение на дейностите за прилагане на мярката /ако експертите по изпълнение на дейностите са повече от един – кой експерт коя от дейностите ще изпълнява/ с посочване на задължения на експерта/ служителя при изпълнението на всяка от посочените дейности; Очакваният ефект от изпълнението на конкретната мярка за подобряване на контрола по доставката и гарантиране качеството и съответствието на материалите съобразно изискванията на възложителя в документацията за обществената поръчка и на нормативната уредба. Всички предложени мерки е необходимо да отчитат спецификата на строежа- предмет на обществената поръчка, а не да са мерки от общ характер, т.е. да са приложими за всеки строеж без значение неговия обхват и специфични особености“. Надграждащо обстоятелство под № 2 визира представени в предложената концепция съответни мерки за осигуряване качеството по време на изпълнение на проектирането, строителството и авторския надзор, като е приложена таблица. Допълнително за надграждащо обстоятелство № 2 участниците следва да предложат действия на членове на екипа за изпълнение на поръчката по контрол на изпълнението на предложения план за прилагане на мярката.

Вследствие на проведената обществена поръчка е сключен договор № СОА22-ДГ55-318/09.06.2022г. с избрания изпълнител „Трейс груп холд“ АД, на стойност 2 842 000 лева без ДДС.

От РУО на ОПОС е извършен последващ контрол за законосъобразност на отритата процедура по ЗОП по сигнал за нередност № 1055. В резултат на извършения административен контрол е констатирана нередност. Жалбоподателят и бенефициер е уведомен с писмо изх. № 1-020-0001-2-591/25.07.2022 г. /л. 48 и сл./ от РУО на ОПОС, за вида на констатираните нарушения и наличието на финансов ефект от осъществения последващ контрол за законосъобразност на договор № СОА22-ДГ55-318/09.06.2022г. с изпълнител „Трейс груп холд“ АД, на стойност 2 842 000 лева без ДДС и му е предоставена възможност да се запознае с него и в 14-дневен срок в случай, че има възражения, да ги изложи, като ги подкрепи с необходимите доказателства. В писмото е посочено нарушение по чл.2, ал.2 и чл. 59, ал.6 от Закона за обществените поръчки/ ЗОП/, вр.чл. 3, ал.3 от Закона за К. на строителите /ЗКС/ и чл. 6 ал.2 от Наредбата за условията и реда за задължителното застраховане в проектирането и строителството, като и нарушение по чл. 70 ал.5 и ал.7 т.1,2,3 б. „б“, вр чл. 2, ал.2 от ЗОП. Двете нарушения са квалифицирани като нередности по чл.11 буква „а“ от Приложение 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции. Посочена е финансова

корекция общо в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по сключения Договор № СОА22-ДГ55- 318/09.06.2022г. с изпълнител „Трейс груп холд“ АД, на стойност 2 842 000 лева без ДДС. В това отношение РУО на ОПОС се е позовал на чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности, че при констатирани два или повече случаи на нередност, се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях.

Депозирано е възражение/л. 54 и сл./ от Столична Община, прието за неоснователно от РУО на ОПОС, който с процесното Решение от 30.08.2022г. с изх. № 1-020-0001-2-642 / 30.08.2022г. е определил финансова корекция, общо в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи, по сключения Договор № СОА22-ДГ55- 318/09.06.2022г. с изпълнител „Трейс груп холд“ АД на стойност 2 842 000 лева без ДДС.

В хода на съдебното производство по искане на жалбоподателя е назначена и е изслушана СТЕ, като в заключението си вещото лице е дало подробен отговор на въпросите, поставени му като задача, а разпитан в съдебно заседание, експертът заявява, че поддържа заключението си. Съдът кредитира заключението на СТЕ, като обективно и компетентно изготвено, само в частта му доколкото дава разяснения от строително – техническа гледва точка. В останала част, в т.ч. налице ли е припокриване на минималните изисквания за допустимост в частност за представяне на строителна програма и времени график с надграждащо обстоятелство № 1, както и за останалите въпроси, заключението недопустимо се отнася до правни тълкувания. Последните са изцяло в компетентността на решаващия орган, а именно на съда.

В хода на съдебното производство са приети писмени доказателства, приложени по административната преписка и такива, които допълнително са ангажирани от страните.

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 ЗУСЕФСУ, че подлежи на обжалване пред съд. Депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна, макар и не изцяло по съображенията изложени в същата.

Настоящата инстанция намира за необходимо да стори предварително уточнението, че на 01.07.2022 г. в Държавен вестник /ДВ/, бр. 51 от същата дата, е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за

управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗИДЗУСЕСИФ/. Съгласно § 73 от същия, законът влиза в сила от деня на обнародването му в ДВ. С §1 ЗИДЗУСЕСИФ се изменя наименованието на закона на ЗУСЕФСУ. Доколкото обаче съответствието на индивидуалните административни актове, какъвто е и процесното решение на РУО, с материалния закон се преценява към момента на издаването им /арг.от чл. 142, ал. 1 АПК/, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕФСУ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

Оспореното решение е индивидуален административен акт, съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕФСУ и е издадено от компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ - „Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице“. В чл. 33, ал. 2 от Устройствения правилник на МОСВ е предвидено, че Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПОС за програмния период 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности, съгласно регламентите на ЕС, Кохезионния фонд и Структурните фондове. ГД „ОПОС“ се ръководи от главен директор/ чл.33, ал.1 от Устройствения правилник на МОСВ/. С приетата като писмено доказателство по делото Заповед № РД-707/01.08. 2022 г. Министърът на околната среда и водите е оправомощил Г. С. С.- Главен директор на ГД „Оперативна програма „Околна среда“ в МОСВ да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г. във вид и обем, определен в нормативната уредба, с изключение на изрично посочени функции, в които не попадат правомощията за определяне и налагане на финансови корекции. Оспореното решение е издадено от Г. С., именно в качеството ѝ на Ръководител на УО на ОПОС 2014-2020г., поради което съдът приема, че актът е издаден от компетентен орган.Изложените от жалбоподателя доводи относно липса на материална компетентност на органа, издал оспорения административен акт са

неоснователни. Компетентността на РУО на ОПОС е определена в ЗУСЕФСУ и Устройствения правилник на МОСВ. Не намират опора в закона и доводите на жалбоподателя, че РУО на ОПОС не може да извършва проверка по ЗОП, тъй като при проведеното административно производство е констатирана „нередност“ по смисъла на Регламент (ЕС) № 1303/2013, която констатация изцяло попада в правомощията на визириания административен орган. Съгласно нормата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовите корекции се определят по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Единствено в компетенциите на този орган на национално ниво е да определя корекции за „нередности“ по чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, съответно да установява от фактическа и правна страна нарушенията субсумиращи тези нередности.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя с мотивирано решение. В тази връзка съдът приема, че са спазени изискванията за форма на акта, като същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59, ал.2 от АПК, вр. чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл.59 ал.2, т.4 от АПК.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ 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 ЕФСУ.

Съгласно чл. 143, т.1 от Регламент № 1303/2013 държавите членки 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. Така формулираното задължение на държавите-членки изисква доказването на нередността.

Според дефиницията по чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския



социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент /ЕО/ № 1083/2006 на Съвета, „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на „икономически оператор“, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

От гореизложеното е видно, че дефиницията за нередност, въведена с 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.

По делото е установено, че Столична община има качеството на „икономически оператор“ /субект/ по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013, понеже участва в изпълнението на помощта от средствата от европейските фондове. В качеството си на икономически субект, като страна/бенефициер/ по договора за безвъзмездна финансова помощ СО е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от европейските 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 РУО на ОПОС нарушения и в случай, че са извършени такива – дали това има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза.

Съгласно практиката на Съда на Европейския съюз (Решение 14 юли 2016 г., W., C-406/14, EU:C:2016:562, съображение 45) неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд.

Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ 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 „Околна среда“ 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Съгласно Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – обявление и документация за обществена поръчка/процедура за избор с публична покана, оценяване на предложения и избор на изпълнител, изпълнение на сключения договор.

Относно претендираното от РУО нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП, във връзка с чл. 3, ал. 3 от ЗКС и чл. 6, ал. 2 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството:

Съгласно записаното по т.3.2.3 /Икономическо и финансово състояние от документацията по поръчката/ „Участникът следва да е застраховал професионалната си отговорност за проектиране и строителство, съгласно

чл.171,ал.1 и ал.2 от ЗУТ, както следва: минимално изискване: валидна застраховка „Професионална отговорност /покриваща минималната застрахователна сума за строежи втора категория, съгласно чл. 5 от Наредбата за условията и реда за задължителното застраховане в проектирането и строителството/ или еквивалентна застраховка за професионална отговорност или гаранция в друга държава- членка на Европейския съюз, или в страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство. Когато участникът е обединение, изискването важи за членовете на обединението, които са пряко ангажирани с изпълнение на съответните дейности, съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

РУО е приел, че така въведеният критерий за допустимост на участниците има ограничителен характер в смисъла на чл.2, ал.2 от ЗОП и нарушава чл. 59, ал. 6 ЗОП. Този извод на РУО на ОПОС е неправилен. В случая условието за задължително застраховане произтича от нормативен акт - чл. 171, ал. 1 от Закона за устройство на територията /ЗУТ/ и чл. 2, ал. 1 Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството /НУРЗЗПС/. Лицата, които извършват проектиране и строителство, са задължени по силата на закон да застраховат професионалната си отговорност за вреди, причинени на други участници в строителството и/или на трети лица.

От документацията е видно, че възложителят- Столична община, е уточнил, че конкретното изискване за валидна застраховка „професионална отговорност, покриваща минималната застрахователна сума за строежи втора категория, се отнася до всеки член в обединението, което не е юридическо лице, на когото са разпределени строителните дейности, съобразно предвиденото в договора за създаване на обединението. Изрично в изискването е изписано, че то е относимо за всеки член на обединението за дейностите по строителство и съобразно вида и обема на изпълняваната от него работа.

В това отношение, когато един или повече от един от членовете на обединението ще извършва дейности в обществената поръчка, за които се изисква задължителна застраховка „професионална отговорност“ по чл. 171 ЗУТ, то само за тези членове на обединението следва да се изисква тя. Разпределението на дейностите в обществената поръчка между членовете на обединението се предвижда в договора за създаване на обединението. В конкретния случай, видно от съдържанието на поставеното от

възложителя изискване, то е относимо не към всички участници в обединението, а само към тези, които ще изпълняват съответната дейност по строителство, за която е необходима застраховка „професионална отговорност“ на категорията строеж - предмет на възлагане, при съобразяване на вида и обема работа от този участник в обединението.

Следователно в процесния казус липсва нарушение като елемент от фактическия състав на нередността, което обосновава извод за липса на основание за определяне на финансова корекция.

Отделно от това, обжалваният административен акт съдържа несъвместими правни квалификации - по чл. 3, ал. 3 от ЗКС и чл. 6, ал. 2 от НУРЗЗПС. Видно от чл. 2, ал. 1, т. 3 от НУРЗЗПС лицата задължени да имат застраховка по реда на тази наредба са строителите за цялостното изпълнение на строителството или на отделните строителни и монтажни работи. Предмет на задължително застраховане по наредбата е професионалната отговорност на лицата по ал. 1 за 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. Наредбата определя рисковете и минималното застрахователно покритие на тази задължителна застраховка, като не обвързва покриването ѝ със задължението за вписване в ЦПРС по чл. 3, ал.3 от ЗКС. В този смисъл : Решение № 6000 от 6.06.2023 г. на ВАС по адм. д. № 675/2023 г., VII о.; Решение № 5496 от 26.05.2023 г. на ВАС по адм. д. № 1378/2023 г., VII о..

Така, в Решение № 5496 от 26.05.2023 г. на ВАС по адм. д. № 1378/2023 г., VII о. се сочи:“...Поставеното от възложителя конкретно изискване ...е относимо единствено за тези участници в обединението, което не е юридическо лице, които съобразно разпределението на дейностите в рамките на обединението ще изпълняват строителни дейности ...за посочената категория строеж, и по отношение на тях е приложимо изискването на чл. 171, ал. 1 ЗУТ. Ако един или повече от един от членовете на обединението ще извършва дейности в обществената поръчка, за които се изисква задължителна застраховка „Професионална отговорност“ по чл. 171 ЗУТ, то само за тези членове на обединението следва да се изисква тя. Разпределението на дейностите в обществената поръчка между членовете на обединението се предвижда в договора за създаване на обединението. В конкретния случай, видно от съдържанието на поставеното от възложителя изискване, то е относимо не към всички участници в обединението, а само към тези, които ще изпълняват съответната дейност по строителство, за която е необходима застраховка „Професионална отговорност“ на категорията строеж, предмет на

възлагане. Съгласно чл. 59, ал. 6 ЗОП, при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението. Застраховка „професионална отговорност“ е именно друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката съгласно изискванията на нормативен акт. Затова изискването следва да се отнася единствено до тези участници в обединението, които с оглед разпределението, предвидено в договора за създаването на обединението, ще извършват строежи от четвърта група, втора категория по смисъла на ЗУТ, и остава неприложимо за други членове от обединението. Конкретно въведеното условие за годност, преценено единно във всичките му части, води до извод, че възложителят е диференцирал изискването за застраховка "Професионална отговорност", и не се явява ограничително....“.

Относно нарушението по чл. 70 ал.5 и ал.7, т.1,2,3 буква „б“, вр. чл. 2, ал.2 от ЗОП:

Съгласно чл. 70, ал. 1 ЗОП обществените поръчки се възлагат въз основа на икономически най-изгодната оферта. Съгласно ал.2 на чл. 70 ЗОП - Икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на един от следните критерии за възлагане: най-ниска цена / т. 1/; ниво на разходите, като се отчита разходната ефективност, включително разходите за целия жизнен цикъл/т.2./; оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка /т.3/. Когато критерият за възлагане включва повече от един показател в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Последната следва да съдържа начин на оценяване, който предвид разпоредбата на чл. 70, ал. 7 ЗОП трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации /т. 1/; да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите /т. 2/; да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а/ количествено

определимите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б/ качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Съгласно чл. 70, ал. 5 от ЗОП показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

Според практиката на Съда на Европейския съюз показателите, по които се оценява съответствието на техническите предложения, трябва да са формулирани така, че не само членовете на комисията да ги разберат и приложат по начин, който дава възможност действително да се провери съответствието на предложението с изискванията, но и да могат „всички разумно информирани и полагащи обичайната грижа потенциални участници да разберат техния точен обхват и съответно да ги тълкуват по еднакъв начин“ /Решение от 10 май 2012 г., Комисията с/у Кралство Н., C-369/10, EU: C: 2012: 284, т. 88, mutatis mutandis Решение от 16 февруари 2012 г., Costa, C-72/10 и C-77/10, EU: C: 2012: 80, т. 73/. Необходимо е възлагащият орган, респ. помощната комисия, чрез която упражнява правомощията си във връзка с допускането и оценяването на предложенията, да разполага с възможност да извърши действителна проверка дали офертите съответстват на поставените изисквания /Решение от 22 юни 2017 г., C-49/17, U., EU: C: 2017: 491, т. 46, както и решение от 4 декември 2003 г., EVN, EU: C: 2003: 651, т. 56 и 57/. Според съдържанието на съображение 92 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, критериите следва да позволяват извършването на сравнителна оценка на нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, предвид предмета на поръчката, както е определен в техническите спецификации.

По отношение на така претендираното нарушение чл. 70 ал.5 и ал.7, т.1,2,3 буква „б“, вр. чл. 2, ал.2 от ЗОП настоящият състав счита, че административният акт е постановен при липса на допуснати от органа съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Във връзка с претендираното от РУО на ОПОС нарушение чл. 70 ал.5 и ал.7, т.1,2,3 буква „б“, вр. чл. 2, ал.2 от ЗОП в оспореното решение, на

страници втора и трета от същото, се се обсъжда различен казус по друг договор с № ОП-117/14.02.2022г. с изпълнител „КАС“ Д., на стойност 19 998 538, 90 лева. Не може да се приеме, че несъответствието е несъществено и преодоляно в развитото се административно производство. С решението си административният орган препраща към констатациите си по фактите по уведомителното си писмо. В същото за подпоказател „Концепция за изпълнение“ относно оценката от 20 точки е посочено, че според конкретно разгледаната от РУО на ОПОС документация по поръчката, визираната оценка се дава, когато „офертата отговаря на условията за 10 точки и /само/ на надграждащото обстоителство № 1“. Посочено е още, че от възложителя се използвали „оценъчни понятия от цялостната разработка...се обосновава извод, гарантирано изпълнение“ и т.н. Съгласно документацията на поръчката, действителното съдържание на текста /относно подпоказател КИ/ е следното: „Оценка от 20 /двадесет/ точки се присъжда на оферта,отговаряща на условията за оценка от 10 точки и в нея се установи наличието на едно от обстоятелствата под № 1 или № 2 от таблицата подолу“. В методиката / приложена по делото/ не се съдържат твърденията от РУО на ОПОС изрази „от цялостната разработка“, „се обосновава извод“, „гарантирано изпълнение“ и т.н. Така констатираните несъответствия, на фона на обсъждането от РУО на ОПОС на друг договор/ с „КАС“ Д./, не биха могли да се приемат като несъществени или като фактически неточности, преодоляването на които би могло да се осъществи по тълкувателен път. При така установените фактически обстоятелства, следва да се приеме, че административният орган е формирал извод за наличие на допуснато нарушение на чл. 70, ал. 5 и 7, т. 1, 2 и 3, буква „б“ и чл. 2, ал. 2 от ЗОП въз основа на фактически установявания, различни от действителните такива. В този смисъл, изводът на РУО на ОПОС за наличие на допуснато нарушение се явява незаконосъобразен. Липсата на допуснато нарушение прави безпретметен анализа, относно наличието на нередност, нейната квалификация и размера на определената финансова корекция, доколкото наличието на нарушение съставлява съществен елемент на понятието „нередност“ по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013. /Сходен на настоящия казус е разгледан с Решение № 749/07.07.2023г. на ВАС по административно дело № 2826 / 2023 г./.

С оглед на изхода от спора, направеното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на разноски е основателно и на основание чл. 143, ал. 1 АПК съдът следва да осъди Министерството на околната среда и водите, в чиято структура е органът – ответник, да заплати на жалбоподателя направените по делото разноски. Същите,

видно от доказателствата по делото са в общ размер от 8 746, 40 лева. Възражението на процесуалния представител на ответника за прекомерност на адвокатското възнаграждение / което е в размер на б 446, 40 лв./ е неоснователно, с оглед материалния интерес и фактическата и правна сложност на делото.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град,

### **РЕШИ:**

ОТМЕНЯ Решение от 30.08.2022г. с изх. № 1-020-0001-2-642 / 30.08.2022г. на Г. С. - Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“ и Главен директор на Главна дирекция „Оперативна програма околна среда“, с което на Столична община е определена финансова корекция, в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи, по сключения Договор № СОА22-ДГ55- 318/09.06.2022г. с изпълнител „Трейс груп холд“ АД, на стойност 2 842 000 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Министерството на околната среда и водите да заплати на Столична община, със седалище и адрес на управление [населено място], [улица] сумата от 8 746, 40 лева за разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд с касационна жалба, подадена в 14- дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ: