

# РЕШЕНИЕ

№ 7784

гр. София, 13.12.2023 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето, Трето отделение 79 състав**, в публично заседание на 13.11.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Николай Димитров**

при участието на секретаря Десислава В Симеонова, като разгледа дело номер **8497** по описа за **2023** 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.51/2022г., в сила от 01.07.2022г.) вр. с чл. 145 - 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на СТОЛИЧНА ОБЩИНА, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] ЕООД, представлявано от кмета Й. А. Ф., чрез адв. П. С., срещу Решение № РД-02-36-933/10.08.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г.

Жалбоподателят поддържа, че 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 длъжността ръководител на управляващия орган, в чиято компетенция е налагането на финансова корекция е била изпълнявана от различни лица от одобряването на проекта до постановяване на решението. Твърди се, 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

несъставомерност 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. П. С. поддържа жалбата. Претендира разноски, за което представя списък.

Ответникът - Ръководителят на УО на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. /ОПРР/ се представлява от юрк. З., която моли жалбата да бъде отхвърлена и поддържа представени в хода на производството писмени бележки /л.256-261/. 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:

Между страните не се спори, а и от приобщените по делото доказателства се установява, че жалбоподателят е бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № РД-02-37-31/16.09.2021г. по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 процедура на директно предоставяне BG16RFOP001-1.001 „Изпълнение на интегрирани планове за градско възстановяване и развитие 2014-2020-С.“ /л.83 и следващите от делото/. По силата на така сключения договор Управляващият орган предоставя на бенефициента безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 5 500 000 лева за изпълнение на проектно предложение № BG16RFOP001-1.001-0008 развитие на културната инфраструктура в Столична община чрез инвестиции в обновяване на Театър „С.“, район „О.“.

За изпълнението на проекта Столична община е обявила процедура за обществена поръчка с предмет: "Основен ремонт/реконструкция на театър „С.“, УПИ II - за театър, кв. 582, м. Зона Г-13 ЮГ, район „О.“, [населено място]”. Въз основа на проведената процедура по обществената поръчка, бенефициента е сключил договор със спечелилата поръчката фирма Д. „Про Е. Г.“, ЕИК[ЕИК] /л.175-193 от делото/.

Във връзка със сигнал за нередност № 2226 договорът е бил обект на проверка като в процедурата по чл.73 и сл. от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/ проверяващите установили следните нарушения:

1. Ограничителни критерии за подбор

1.1. Възложителят е изискал „Специалист за контрол по качеството/отговорник по качеството: Завършен курс на обучение, да притежава минимум 3 г. професионален опит като контрол по качеството в строителството; да има валиден сертификат за преминал курс за контрол на качеството“.

Законодателството не въвежда изискване за притежаване подобно образование за упражняване на тази дейност. Допустимо е възложителят да заложи изисквания над минимално изискуемите, но същите следва да са необходими, да са свързани с предмета на поръчката и да са пропорционални на този предмет съгласно Решение С 195/21 на СЕС. В условията на процедурата не е изрично предвидено какви ще са функциите на този член на екипа, но може да се заключи, че лицето по тази позиция ще следи качеството на вложените в строителния обект продукти. В документацията обаче няма никакви мотиви, от което да се установи пропорционалност на изискуемата квалификация за експерта, съобразно на предмета на поръчката съгласно решението на СЕС.

Предвид това заложеното изискване за професионална квалификация ограничава

кръга на лицата, които участникът може да използва, за да докаже съответствие с критерия за подбор. С поставеното изискване възложителят нарушава разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и необосновано ограничава потенциални участници.

1.2. Възложителят е поставил изискване участникът да разполага със „Специалист по здравословни и безопасни условия на труд: Завършен курс на обучение за безопасност и здраве при работа, съгласно Здравословни и безопасни условия на труд, Наредба №2/22.03.2004г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строително и монтажни работи(обн.,ДВ,бр.37/2004г.) или еквивалентен курс на обучение“.

Наредба № 3 е общият нормативен акт, който регламентира изискванията, функциите и задачите на органите по безопасност и здраве във всички предприятия, а 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 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). Удостоверения за квалификация за експерт Длъжностно лице по безопасност и здраве не се издават от признати учебни заведения, а в резултат на частни обучения на кадри. Следователно изискването предложеният експерт да притежава конкретно удостоверение е незаконосъобразно, поради което същото изискване има разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата. Границите на оперативната самостоятелност на възложителя, при определяне на критериите за подбор, са ограничени от сферата на дейност (чл. 59, ал. 1 ЗОП), с която се свързва поръчката, и като съдържание за установяване на възможностите за изпълнение - при съобразяване с нейния предмет, стойност, обем и сложност (чл. 59, ал. 2 ЗОП), доразвити в чл. 63 от ЗОП. В случая възложителят е поставил изискване за наличието на удостоверение, която не произтича от нормативната уредба и не е обоснована с оглед спецификата на предмета на поръчката. Така формулираното изискване е ограничително и оказващо възпиращ ефект върху потенциалните участници. Следователно, налице е нарушение, което ограничава конкуренция.

С оглед на това констатираме допуснатото нарушение чл. 63, ал. 1 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, което е съществено.

## 2. Незаконосъобразна методика

Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите е незаконосъобразна в частта „К2 - Организация за качествено изпълнение на поръчката“, тъй като не е осигурена възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите на участниците и на същите не е предоставена достатъчно конкретна информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на

оценката по качествените показатели, които са количествено неопределими:

1) Възложителят е поставил като базово изискване предложението да - Предложената от участника организация на изпълнението на поръчката осигурява изпълнението на минималните изисквания на Възложителя, посочени в Техническата спецификация, а именно: - участникът е представил организация за изпълнение на строителството, съгласно Техническата спецификация. Направено е описание на отделните етапи за изпълнение на поръчката. - участникът е предложил организация на работата на ключовия екип, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с Възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качественото и срочно изпълнение на възложената услуга. - участникът е представил Линеен календарен график включващ последователността и продължителността на всички видове работи и дейности, свързани с изпълнение на обществената поръчка, с приложена диаграма на работната ръка. При изготвянето на графика следва да бъде спазена технологичната последователност за изпълнение на видовете работи и дейности съгласно техническата спецификация на Възложителя и техническото предложение на участника. При съставяне на графика следва да се използва за константен брой дни в месеца – 30 дни. Така поставеното изискване е неясно и субективно определяемо, тъй като няма достатъчно информация на каква база ще се прецени дали кои са отделните етапи за изпълнение на поръчката В случая не е ясно дали участниците следва да включат в предложението си описание на дейности като подготовка, изпълнение и предаване на обекта, като в тази връзка е видно че в предложението на участника липсва етап на предаване на обекта. Няма данни също така кои са лицата включени в т.нар. ключовия екип“, за да знае участника каква организация следва да бъде включена в обхвата на предложението му. Няма данни кои са тези други организационни аспекти според възложителя, които участниците следва да съобразят и които ще отговорят на условието да са необходими за качественото и срочно изпълнение на възложената услуга. В този смисъл възложителят не е посочил какви са тези други организационни аспекти (извън условието в предложението да има организация на работата на ключовия екип, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с Възложителя, координация и съгласуване на дейностите), които именно ще повлияят за „качествено“ и „срочно“ изпълнение на възложената услуга.

2.) Начинът на оценка на офертите не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите, тъй като при надграждащите елементи е предвидено е участниците да получат съответния брой точки съобразно наличието/липсата на конкретен елемент. По този начин комисията ще оцени с еднакъв брой точки технически предложения с различно качество, без възможност за обективно сравнение на техническите предложения в различните оферти. Така предложение съдържащо надграждащия елемент по т. 3. Предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката ще бъде оценено с 30 т. и отново с 30 т. ще бъде оценено предложение, което съдържа условието по т. 2. За всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение (материали, механизация, работници и др.) и задълженията на отговорния/те за изпълнението й експерт/и; Участникът е показал разпределението на човешките ресурси, строителната техника и

механизацията по време на изпълнението на работите. Посочените от участника необходими ресурси, както и разпределението им по време на изпълнение на работите, съответстват на предложената организация за изпълнение на поръчката и представения календарен график или отново с 30 т. ще се оцени предложението което съдържа условието по т. 1 За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача (за целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има ясно дефинирани начало и край и измерими резултати). Т.е. независимо кой от трите надграждащи елемента е включен в предложението на участника той ще получи 30 т., ако е налице 1 от тях. В този случай оценката ще се постави на оферти с различно качество, тъй като те ще отговарят на различните условия заложиени по т.1, т. 2 и т.3 от надграждащите елементи. При така изградената методика липсва възможност предложението да бъдат сравнени и оценени, тъй като същите ще имат различно съдържание според методиката. Т.е. чрез методиката за оценка не се предвижда да се оценяват преимуществата на крайния резултат, който ще се получи чрез тази оферта. Въвеждайки оценяване в зависимост от едно такова общо описание по базово изискване и предпоставката оценките да се получават с оглед наличието/липсата на конкретни елементи от надграждащите условия, възложителят е поставен в ситуация да не може да сравни обективно предложението, респ. да разграничи ползата по отношение на крайния резултат.

Считаме, че проверяваната обществена поръчка съдържа незаконосъобразна методика. Съгласно чл.70, ал.7 от ЗОП начинът за определяне на оценката по всеки показател в методиката трябва да дава 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. Методиката трябва да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Така описаните критерии създават предпоставки комисията да приложи субективно методиката за оценка, тъй като посочените изисквания, заложиени в методи ката, са неясни и в зависимост от тяхното интерпретиране, в едни случаи би могло да се отчете, че са налични, а в други, че липсват и съответно да не се присъдят точки. Формулирането на незаконосъобразна методика за оценка по същността си представлява обстоятелство, което необосновано ограничава участието на лицата в процедурата, т.е. налице е разубеждаващ ефект по отношение на потенциалните участници в процедурата за възлагане на обществена поръчка и оказва влияние върху прозрачността при провеждане на процедурата - не е налице достатъчно информация при какви предложения колко точки ще бъдат присъдени. Считаме незаконосъобразната методика за нарушение с финансов ефект.

Във връзка с горното с писмо от 20.07.2023г. бенефициентът и жалбоподател в настоящето производство е уведомен за сигнала за нередност № 2226, получен в УО на ОПРР, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция /л.62-70 от делото/. Същият се е възползвал от предоставената му възможност и е депозирал възражения,

които УО е приел за неоснователни и е издал атакуваното в настоящето производство Решение № РД-02-36-933/10.08.2023г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г., с което на бенефициента Столична община за горепосочените нарушения е наложена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по договора с изпълнителя.

Срещу постановеното решение е подадена жалба, иницирала настоящето производство.

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 /ЗУСЕФСУ/, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 10.08.2023г., чрез ИСУН /доказателства за връчването на акта са представени на л.82 от делото и на електронния носител, на който е представена преписката/, жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 23.08.2023г. и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014– 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014– 2020г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020г., при посочване на новото му наименование, в сила от

01.07.2022г.

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) 2014-2020г. Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. С административната преписка е представена Заповед №РД-02-14-642 от 15.06.2023г. /л.41-42 от делото/, издадена от Министъра на регионалното развитие и благоустройството, с която е определена А. Т.- Б., заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството да ръководи и организира дейността на Управляващ орган на ОПРР 2014 - 2020г. Съгласно чл. 7, ал. 1, т. 2, предл. 2 от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, 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 /ЗУСЕФСУ/ 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 /ЗУСЕФСУ/ е посочено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган. Видно от цитираната заповед, министърът на регионалното развитие и благоустройството е определил зам.-министъра на регионалното развитие и благоустройството А. Т.- Б. за ръководител на УО на ОПРР 2014-2020г. С оглед на това обжалвания акт е издаден от компетентен орган. Във връзка с горното несъстоятелни се явяват твърденията на жалбоподателя, че е недопустимо правомощията на УО да се упражняват от различни лица по различно време.

Компетентността е понятие с установено в теорията и съдебната практика съдържание. Тя е израз на разпределението между държавните органи на функциите и отговорностите, с които разполага целият държавен апарат, и създава гаранция за законност и защита интересите на субектите, които са засегнати от съответното волеизявление. В тази връзка е и правилото на чл. 4, ал. 1 АПК, носещо условното наименование "Законност", според чието предписание административните органи действат в рамките на правомощията си, установени от закона, а последното е в основата на възприетото в практиката становище, че правомощията на административните органи винаги се съдържат в конкретен нормативен

акт. Както е посочено и в Тълкувателно решение № 1/21.01.2022г., постановено по т.д. № 4/2019г. на Общото събрание на съдиите (ОСС) на Първа и Втора колегия на Върховния административен съд, качеството на административен орган се придобива въз основа на закон, даващ право на съответния орган (от системата на изпълнителната власт или друг правен субект или организация, осъществяващи публични функции или предоставящи обществени услуги) да издаде съответния административен акт служебно или по искане на гражданин или организация (С.: чл. 24, ал. 1 АПК). Отличителният белег на административните органи, участници в правния оборот, е тяхната административна правосубектност, състояща се в нормативно признатата способност на органа да има административни правомощия, да бъде носител на административнопроцесуални права и адресат на административнопроцесуални задължения.

Трайна и последователна е практиката на Върховния административен съд, според която смяната на физическото лице, изпълняващо длъжността на даден административен орган не се отразява на правосубектността на този орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта подробно са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираната нередност, основанието за определяне на финансовата корекция и нейния размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Не се спори, че решението е подписано с квалифициран електронен подпис в ИСУН, като съгласно чл. 25, т. 2 от Регламент (ЕС) № 910/2014 квалифицираният електронен подпис има значението на саморъчен подпис.

В чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/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 и в срок бенефициента депозирал възражения.

Предвид изложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл.70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /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 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 жалбоподателят 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 /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 „Региони в растеж“ за програмен период 2014– 2020г., 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 /ЗУСЕФСУ/. Съдът следва да обсъди налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“ за всяко едно от твърдените нарушения, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

**Относно нарушението на чл. 63, ал.1, т. 5 във връзка с чл.59, ал.2 и чл.2, ал.2 от ЗОП - ограничителен критерий по отношение на експерт „контрол на качеството“ съдът приема следното:**

В раздел Ш.1.3., т. 2.6. от Обявлението възложителят е посочил критерий за подбор - участниците да разполагат с персонал и с ръководен състав за изпълнение на СМР, както следва: „Специалист за контрол по качеството/отговорник по качеството: Завършен курс на обучение, да притежава минимум 3г. професионален опит като контрол по качеството в строителството; да има валиден сертификат за преминал курс за контрол на качеството.“

Управляващият орган е приел, че така формулираното условие в обществената поръчка има възпиращ ефект за потенциални участници, като необосновано ограничава възможностите за участие на стопански субекти, разполагащи с необходимите експерти с подходящ опит/образование. За да обоснове горния извод, същият е взел предвид, че съгласно чл. 15, ал. 1, т. 4, буква "б" от Закона за К. на строителите (З.), за да бъдат вписани в регистъра, строителите трябва да разполагат с нает по трудов договор персонал, включително за контрол върху качеството на изпълнението на строителството, за съответствие на влаганите в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност. Също така, в чл. 15, ал. 1, т. 5 от З. общо е посочено, че наетият технически персонал притежава необходимата правоспособност съобразно придобитата специалност и образователно-квалификационна степен, професионален опит, познания и техническа компетентност по отношение на националното му законодателство.

От така цитираната разпоредба може да се обоснове извод, че за да притежава годност да упражнява своята дейност /задължително наличие

за вписване в ЦПРС/ съответния строител трябва да разполага с наето по трудово правоотношение лице за осъществяване на контрол върху качеството на изпълнение на строителството, което да е правоспособно в тази област, което условие се изпълнява съобразно алтернативно и неизчерпателно зададени възможности – придобита специалност и образователно-квалификационна степен или професионален опит и т.н. Вероятно практиката е наложила квалификация след провеждане на курсове, но доколкото това не е единствената възможност, която законодателството в областта предоставя във връзка с компетенциите на този експерт /напр. опционално може да се назначи лице съгласно образователен ценз/, то с поставеното условие необосновано се ограничава участието на стопански субекти и същото не е съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В допълнение, от обучителните програмите на висшите строителни университети, например – У., е предвидено да се провеждат задължителни курсове по дисциплини: Правна и нормативна уредба в строителството; Строителни материали; Съпротивление на материалите, както и множество избираеми курсове, свързани със строителните материали. Дипломираните кадри притежават необходимата правоспособност в областта и без наличието на допълнително преминал курс за придобиване на нарочно удостоверение, а например и по силата на висшето си образование, удостоверение с диплома.

Настоящата инстанция изцяло се солидаризира с така застъпеното становище. Безспорно е, че право да осъществяват контрол върху изпълнение на строителството имат лица, които са придобили съответната професионална квалификация по смисъла на § 1, т. 5 от Закона за професионалното образование и обучение. Квалификацията се придобива въз основа на проведено обучение, което не е нормативно ограничено от определена образователно-квалификационна степен и професионална квалификация. Няма и нормативно изискване за определена образователно-квалификационна степен и професионална квалификация за заемане на длъжността "контрол върху качеството на изпълнение на строителството" съгласно Националната класификация на професиите и длъжностите, приета със Заповед № РД-01-931 от 27.12.2011г. на министъра на труда и социалната политика на основание чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията и чл. 6б, ал. 4 от Кодекса на труда. Следователно, съществуващата нормативна уредба, която регламентира възможността за упражняване на дейността контрол върху качеството на изпълнение на строителството за съответствие на вляганите

в строежите строителни продукти със съществените изисквания за безопасност не обвързва възможността за придобиване на тази професионална квалификация с определена образователно-квалификационна степен или професионална квалификация. При така съществуващата нормативна уредба очевидно законодателят е предоставил на всеки строител да прецени кое лице, което има професионална квалификация да осъществява контрол на строителството, ще назначи и още повече ще използва при изпълнението на конкретната обществена поръчка, в съответствие с конкретните строителни дейности. Разбира се, това не ограничава възложителя да постави определени изисквания към професионалната компетентност на персонала, с който изпълнителят ще осъществява дейността по контрола на качеството, но това изискване следва да бъде съобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на поръчката. Решаващото за преценката за ограничителния характер на изискването е обстоятелството, че законът позволява всяко подходящо образование и квалификация, докато бенефициерът ограничава професионалната квалификация само до тази придобита след завършен курс, без това ограничение да е пряко обусловено от предмета, обема, сложността и стойността на поръчката, защото изключва необосновано останалите придобили професионална квалификация по безопасност и здраве посредством образователен ценз например. По отношение на този специалист търсената от жалбоподателя гаранция за качество на изпълнение на дейностите е постигната чрез поставеното изискване за професионален опит. Предвид невъзможността на всички специалисти, притежаващи техническа правоспособност, да участват в конкретната обществена поръчка, не се споделят доводите на жалбоподателя, че липсва нарушение, защото не е налице ограничение до един единствен вид придобито образование и/или специалност. Налице е обаче безспорно и необосновано изключване на голям брой специалисти, които обективно отговарят на заложените в закона изисквания за изпълнение на предмета на обществената поръчка (експерти с друга образователна квалификация, преминали обучение за осъществяване на контрол върху качеството и притежаващи съответния сертификат) и които немотивирано са изключени от участие поради наличието на процесното ограничително условие.

**Относно нарушението на чл. 63, ал.1, т. 5 във връзка с чл.59, ал.2 и чл.2, ал.2 от ЗОП - незаконосъобразни критерии за възлагане по отношение на експерт „по здравословни и безопасни условия на труд**

**" съдът приема следното:**

В раздел Ш.1.3., т. 2.7. от Обявлението възложителят е посочил критерий за подбор - участниците да разполагат с персонал и с ръководен състав за изпълнение на СМР, както следва: „Специалист по здравословни и безопасни условия на труд: **Завършен курс на обучение за безопасност и здраве при работа**, съгласно Здравословни и безопасни условия на труд, Наредба №2/22.03.2004г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строително и монтажни работи (обн., ДВ,бр.37/2004г.) **или еквивалентен курс на обучение.**“

По отношение на този критерий Управляващият орган е приел че е налице нарушение, тъй като Наредба №2/22.03.2004г., към която препраща, не урежда нито фигурата „Специалист по здравословни и безопасни условия на труд“, нито нарочно обучение на лица във връзка с превенцията на рисковете за безопасността и здравето на работещите. По този начин доколкото в настоящия случай е въведено изискване, което не е уредено в конкретно посочения от възложителя нормативен акт, то със същото необосновано се ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка

Специфичните изисквания и правила за тези лица по отношение дейности в строителството се съдържат в Наредба № 2/2004г. Съгласно чл. 5, ал. 2 Наредба № 2 от 22 март 2004г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи (обн., ДВ, бр. 37 от 2004г.) 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. В съответствие с ал. 3 на същата разпоредба, функциите на КБЗ могат да се изпълняват за етапа на изпълнението на строежа - и от консултант (за строежи от първа до четвърта категория), съответно технически ръководител (за строежи от пета категория).

При анализ на цитираните разпоредби е видно, че 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, извън тези по ал. 2. Съгласно чл. 163а, ал. 2 във вр. с ал. 1 ЗУТ техническият ръководител е строителен инженер, архитект или строителен техник, т.е. функциите на КБЗ в хипотезата на чл. 5, ал. 3, т. 2 от Наредба № 2/2004г. - 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, това могат да бъдат и други лица, притежаващи професионална квалификация в областта на строителството, проектирането или здравословното изпълнение на СМР. Нормативната уредба не поставя изисквания за професионална квалификация и препратката към нея с изискване за завършен курс прави изискването неясно. Както сам Управляващият орган е отбелязал вероятно практиката е наложила квалификация след провеждане на курсове, но доколкото в настоящия случай е въведено изискване, което не е уредено в конкретно посочения от възложителя нормативен акт, то със същото необосновано се ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка. Решаващото за преценката за ограничителния характер на изискването е обстоятелството, че законът позволява всяко подходящо образование и квалификация, докато бенефициерът ограничава професионалната квалификация само до тази придобита след завършен курс, неясно какъв предвид липсата на законова регламентация, защото изключва необосновано останалите придобили професионална квалификация по безопасност и здраве посредством образователен ценз например.

**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 ПЗЗОП:**

Видно от процесната методика за оценка, ответникът е приел възлагането на поръчката да се осъществява въз основа на два показателя - Ценово предложение – К1 и „Организация за качествено изпълнение на поръчката”- К2 като спорен е вторият. Показателят е структуриран на основата на минимални изисквания, оценявани с 20 точки и три надграждащи обстоятелства, наличието на съответния брой от които се оценява с 30, 40 и 50 точки. Минималните изисквания са: 1) участникът е представил организация за изпълнение на строителството, съгласно Техническата спецификация. Направено е описание на отделните етапи за изпълнение на поръчката; 2) участникът е предложил организация на работата на ключовия екип, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начини за осъществяване на комуникацията с

Възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга.; 3) участникът е представил Линеен календарен график включващ последователността и продължителността на всички видовете работи и дейности, свързани с изпълнение на обществената поръчка, с приложена диаграма на работната ръка. При изготвянето на графика следва да бъде спазена технологичната последователност за изпълнение на видовете работи и дейности съгласно техническата спецификация на Възложителя и техническото предложение на участника. При съставяне на графика следва да се използва за константен брой дни в месеца – 30 дни.

Надграждащите обстоятелства са: 1) За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна задача (за целите на настоящата методика под "задача" се разбира обособена част от дефинираната дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т.е. има дефинирани начало и край и измерими резултати); 2) За всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение и задълженията на отговорни/те за изпълнението ѝ експерти; 3) Предложени са мерки за вътрешен контрол и организация на работата на екипа от експерти, с които да се гарантира качествено изпълнение на поръчката.

Следва да бъде отбелязано, че така заложената методология е била предмет на съдебен контрол в редица производства, в които ВАС трайно застъпва тезата, че същата дава достатъчна яснота за заложените критерии и не изпълва критериите на соченото нарушение ( в този смисъл Решение № 2132 от 28.02.2023г. по адм. д.№ 7815/2022г., VII отд. на ВАС; Решение № 7208 от 18.07.2022г. по адм.д. № 5541/2022г., VII отд. на ВАС и др.)

В контекста на предмета на поръчката и дефинираните от възложителя дейности се формира извод, че от съществено значение за качествено изпълнение на проекта е детайлното разграничаване на минималните изисквания и надграждащите ги такива и въвеждането на ясни и обективни критерии за оценка на отделните предложения. Оттук дефинирането на конкретни дейности и отговорности по осъществяването на основната цел на проекта е средство за създаване у възложителя на обоснована увереност, че участниците ще изпълнят предмета на поръчката с желаното качество. Това би могло да бъде постигнато само чрез навлизане в детайлите на предмета на поръчката.

Извод за нарушение на цитираните от административния орган

нормативни разпоредби не следва от съпоставката на минимално изискуемите елементи от техническото предложение и заложените надграждащи обстоятелства. Първото минимално изискуемо обстоятелство - организация на работата на ключовия екип с посочване как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, начина за осъществяване на комуникация с възложителя, координация и съгласуване на дейностите, и допълнително въведените изисквания за разграничаване на отделните задачи на дейностите (първо надграждащо обстоятелство), посочване на необходимите ресурси за всяка дейност (второ надграждащо обстоятелство) и посочване на мерки за вътрешен контрол и организация на работата мерки за вътрешен контрол и организация на работата мерки за вътрешен контрол и организация на работата за гарантиране на качествено изпълнение (третото надграждащо обстоятелство) съставляват ясно разграничими критерии, наличието на които в една или друга степен повишават качеството на изпълнение на конкретното обстоятелство.

Логическото и смислово тълкуване на минималните изисквания и всяко едно от надграждащите ги обстоятелства позволява в по-голяма степен да бъдат разграничени отделните предложения, доколкото същите въвеждат ясни и обективни критерии за формиране на съответния брой точки. Методиката не е в противоречие с регламентацията, въведена с цитираните правни разпоредби, доколкото включените в същата подпоказатели и предвидените стъпки за поставянето на точки дават възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите на участниците, едновременно с което им осигуряват достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател. Надграждащите обстоятелства са пряко свързани с предмета на поръчката и към организацията на нейното изпълнение. Същите са относими към качеството на крайните резултати, описани са достатъчно ясно и изчерпателно, така че да не създават предпоставка за различното им тълкуване от участниците и да им предоставят насоки какво трябва да съдържа тяхната оферта, за да получат по-голям брой точки

Видно от изложеното, доводите на жалбоподателя за противоречие на обжалваното решение с материалния закон са основателни само в частта за нарушението на чл. 70, ал. 7, т. 1 - 3 ЗОП относно методиката за оценка на офертите, но същото не може да обоснове цялостна отмяна на решението предвид безспорно установените други две нарушения и правилно определената за тях финансова корекция, която в случая не търпи корекция.



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 /ЗУСЕФСУ/, 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.

Естеството на установените от Р. на ОПРР нарушения предполага приложението на пропорционалния подход и предвидения за съответната категория нередност процентен показател на корекцията. Правилно в тази връзка установените нарушения са подведени под категорията нередност по т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а като е взел предвид именно достигнатото ниво на конкуренция при възлагането на обществената поръчка, органът е определил и степента на сериозност на

допуснатите нарушения, като е подвел всяко от тях под хипотезата на б. "б" от т. 11 - случаите, в които са приложени ограничителни критерии за подбор/възлагане, но е налице минимално ниво на конкуренция. Поради това и определянето на финансовата корекция в размер на 5% за всяка една от установените нередности, а на основание чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/- една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент, е в съответствие с материалния закон.

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 /ЗУСЕФСУ/ и жалбата на СО срещу същото, следва да се отхвърли.

При този изход на спора искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение е основателно и следва да бъде уважено, като на основание чл. 143, ал. 3 АПК, касаторът бъде осъден да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството - юридическото лице, в чиято структура е административният орган, издал оспорения акт, разноски в размер на 100 (сто) лева, определен съгласно чл. 37 от Закона за правната помощ във вр. чл. 24, изр. 2 от Наредбата за заплащане на правната помощ.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 79-ти състав

## РЕШИ:

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 е определена финансова корекция в размер на 316 250,00 лв. с ДДС, представляваща 5 % от безвъзмездната финансова помощ по договор № СОА-22-ДГ55-230/BG16RFOP001-1.001-0008-C01-S-01 от 03.05.2022г. и Допълнително споразумение № СОА-23-ДГ55-400 към Договор S-1 от 16.06.2023г. с изпълнител Д. "Про Е. Г.", [населено място]. ОСЪЖДА СТОЛИЧНА ОБЩИНА представлявана от кмета Й. Ф., адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството сумата от 100 /сто/ лева, представляваща

юрисконсулско възнаграждение .

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

СЪДИЯ: