

РЕШЕНИЕ

№ 14662

гр. София, 13.08.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 16.05.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **9979** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 64, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Столична община, представлявана от кмет на СО, с адрес [населено място], [улица], БУЛСТАТ[ЕИК], чрез адв. К., срещу Решение № РД-02-36-1085/27.09.2023 г. на заместник – министъра и ръководите на Управляващия орган по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25% от безвъзмездната финансова помощ по договор № РИЛ21-ДГ55-14 от 29.11.2021 г. с изпълнител „Смарт Бизнес Къмпани“ ЕООД, [населено място].

С жалбата се иска съдът да отмени оспореното решение като незаконосъобразно и поради неправилно приложение на материалния закон. Излагат се доводи, че твърденията в подадения сигнал за нередности са неверни и необосновани. Твърди се, че УО на ОПРР неправилно е квалифицирал фактите и обстоятелствата като нарушения, като по този начин е издал незаконосъобразен акт.

В хода на съдебното производство, жалбоподателят – редовно призован, се представлява от адв. К., който моли да бъде отменено решението на УО на ОПРР като неправилно и незаконосъобразно с доводи, подробно изложени в жалбата. Претендира адвокатско възнаграждение, съгласно представен списък.

Ответникът – Зам.министър в министерство на Регионалното развитие и благоустройството и Ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма

„Региони в растеж“ 2014-2020г., се представлява от юрк. Л., който оспорва жалбата като неоснователна и недоказаната и моли да се остави същата без уважение. Моли за потвърждаване на процесния административен акт, като законосъобразно издаден и в съответствие с материално-правните и процесуално-правните норми. Претендира юристконсултско възнаграждение. Представя писмено становище.

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

Столична Община е бенефициент по Договор за предоставяне на БФП № BG16RFOP001-1.001-0005 „Основен ремонт /реконструкция/ на Център за временно настаняване "Св. С.", сключен между Министерство на регионалното развитие и благоустройството в качеството на Управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014 – 2020 г. и Столична Община. В договора изрично е определена безвъзмездна финансова помощ – 100% - в максимален размер до 1 253 395,82 лв. по ОПРР 2014 – 2020. Проектното предложение BG16RFOP001-1.001-0005 „Основен ремонт /реконструкция/ на Център за временно настаняване "Св. С." е на стойност 3 383 485,87 лв., от които 2 130 090,05 лв. представляват собствен принос на Бенефициента.

В изпълнение на задълженията си по договора, жалбоподателят е провел открита процедура за възлагане на обществена поръчка за „Доставка и монтаж на оборудване и обзавеждане за нуждите на Център за временно настаняване „Света С.“.

На основание чл. 112 от ЗОП след влязло в сила решение за избор на изпълнител № в АОП D9682408 от 13.10.2021 г. и утвърден доклад от работата на комисия, назначена със Заповед № РИЛ21-РД91-37/21.09.2021 г. на кмета на Район „И.“ на 29.11.2021 г. е сключен Договор между Столична Община – Район „И.“ и “Смарт Бизнес Къмпани” ЕООД за доставка и монтаж на артикулите, предвидени в техническото и ценовото предложение по Приложения № 2 и № 3, неразделна част от Договора и с цена на Договора 24 126,72 лева без ДДС или 28 952,06 лева с ДДС.

Въз основа на сигнал за нередност № 2258, с писмо рег. № 99-00-6-497 от 11.09.2023 г., изпратено чрез ИСУН 2020 жалбоподателят е уведомен, като на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, му е дадена възможност да изложи коментари, бележки и други документи, което право същият надлежно е упражнил, като е депозирал възражение.

Въз основа на проведената административна процедура по проверката е постановен обжалваният в настоящото производство административен акт: Решение № РД-02-36-1085/27.09.2023 г. на заместник – министъра и ръководите на Управляващия орган по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е приключен сигнал № № 2258, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие”, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България, във връзка с установени нарушения при възлагане на открита процедура с предмет: „Доставка и монтаж на електроуреди и техника за нуждите на Център за временно настаняване „Света С.“, с което е определена финансова корекция в размер на 25% или 7 238,02 лв. с ДДС от безвъзмездната финансова помощ по договор № РИЛ21-ДГ55-14 от 29.11.2021 г. с изпълнител „Смарт Бизнес Къмпани“ ЕООД, [населено място].

В акта има констатации за три нарушения:

1. Незаконсъобразно неразделяне на поръчката на обособени позиции – нарушение по чл. 46, ал. 1, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Административният орган е установил, че процедурата не е разделена на ОП, като възложителят е изложил мотиви, които органът приема, че не обосновават неразделяне на предмета на поръчката на позиции. Излага се, че видно от техническата спецификация в предмета на поръчката е включена доставка на електроуреди, както и на компютри и периферия, като трите вида стоки са различни и се доставят от различни икономически оператори. Според административния орган неразделянето на поръчката на обособени позиции е в нарушение на чл. 2 от ЗОП и има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните участници. В предмета на поръчката е предвидена доставка на различни по своята същност стоки и обединяването им се явява ограничително. Групирането на всички разнородни стоки в една поръчка води до значително и необосновано ограничаване на кръга на заинтересованите участници и възпрепятствало потенциални изпълнители да участват в процедурата само по отношение на някоя от отделните категории стоки. По обществената поръчка са подадени само 3 оферти, поради което е налице вероятността неразделянето на обособени позиции да е осуетило възможността за подаване на оферти от други потенциално заинтересовани икономически оператори. В случая неоснователното неразделяне на обществената поръчка на обособени позиции е осуетило възможността за избор на най-изгодната оферта.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 3 от раздел I „Липса на обосновка за неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 31.03.2017 год., изм. и доп. ДВ. бр. 19, от 06.03.2020 год. /Наредбата/

2.Ограничителен критерий за подбор- нарушение по чл. 63, ал. 1 във вр. с чл. 59, ал. 5 и чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП.

В случая възложителят е поставил минимално изискване кандидатът да има изпълнени доставки, което е идентично или сходно с предмета и обем на поръчката, но при конкретизация на изискването е дал указания, че ще приеме за сходни само доставките на готварски печки, хладилници, перални, монитори, стационарни компютри. Кръгът на икономическите оператори, извършващи доставки на отделните видове стоки е различен – магазини за бяла техника и магазини за офис техника. В случая няма нормативни условия, според които доставчиците да извършват продажба и на двата вида стоки, поради което така заложеното условие е ограничаващо. В резултат на това възложителят необосновано е ограничил участието на потенциални изпълнители, защото и сходни дейности по вид, обем и сложност – напр. само доставка на печки, или само на хладилници, или само на компютри, могат да дадат гаранция за исканото качество, като същевременно дадат възможност на възможно най-много стопански субекти да вземат участие в поръчката. Така формулираното изискване органът е заключил, че е ограничително и оказващо възпиращ ефект върху потенциалните участници.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но

ограничават достъпа на кандидатите или участниците“.

3. Незаконосъобразно избран изпълнител - нарушение на чл. 122 във вр. с чл. 112, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Преди сключване на договора участникът, определен за изпълнител, е представил документи за липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1 и чл. 55 ал. 1 от ЗОП, доказателства за съответствие с критериите за подбор и документ за внесена гаранция за изпълнение. При преглед документите за съответствието с поставените критерии за подбор се установява, че същите не удостоверяват наличието на изискуемия опит за сходни дейности. Съгласно обявлението възложителя изисква участникът да е изпълнил минимум една дейност през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, чиито предмет и обем е идентичен или сходен с тези на поръчката.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14 от Раздел II към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно.“.

За нередностите по т. 1 и т. 2 е определен минималният процентен показател от 5 %, а по т. 3 предвиден размер на финансова корекция е 25% съгласно т. 14 от Раздел II към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Като основа за изчисление на корекцията са посочени допустимите разходи по договора за обществена поръчка. При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при констатирани нередности, е определена обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на 25 % финансова корекция върху допустимите разходи по договора с изпълнител.

В хода на съдебното производство като доказателства по делото са приети представените с жалбата и административната преписка писмени документи, както и допълнително представените от страните във връзка с дадените указания на съда.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Съгласно § 5, т. 4 от ДР на ЗУСЕФСУ доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях европейско законодателство и в сключените между държавите договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Република България, този закон се прилага и за финансовата подкрепа по програмите за европейско териториално сътрудничество, като органите за управление и националните органи осъществяват правомощия по администрирането на нередности и извършването на финансови корекции по реда на глава пета, раздел III, и при извършване на финансови корекции прилагат категориите нередности и минималните и максималните стойности на процентните показатели, определени в ЗУСЕФСУ и с акта по чл. 70, ал. 2. По силата на чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕФСУ (до 01.07.2022 г. – ЕСИФ) може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция. Административната мярка се определя по основание и размер

с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта – чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Съгласно чл. 28, ал. 1, т. 2 от Устройствения правилник на МРРБ Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие" изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове. Съгласно чл. 5, ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на МРРБ министърът организира и контролира дейността на УО на ОПРР 2014-2020 г.

Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ Управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. 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.

Следователно правомощията на Ръководител на УО на ОПРР се осъществяват от министъра на регионалното развитие и благоустройството или оправомощено от него лице.

Съгласно Заповед № РД-02-14-642/15.06.2023 г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, г-жа А. Т.-Б. заместник- министър на регионалното развитие и благоустройството е определена за Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие 2007-2013 г., Оперативна програма “Региони в растеж“ 2014-2020 г. и Програма „Развитие на регионите“ 2021 - 2027 г., като ѝ се възлагат функции да ръководи и организира дейността на Управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007-2013 г., Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. и Програма „Развитие на регионите“ 2021 - 2027 г. както и да издава заповеди и изменения на заповеди за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, както и всички индивидуални административни актове по смисъла на Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление. От гореизложеното следва извода, че административният акт е издаден от компетентен орган, в условията на чл.9, ал.5 от ЗУСЕФСУ при наличие на валидно овластяване от Министъра на регионалното развитие и благоустройството.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, преди издаването на решението за определяне на финансова корекция Управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. В случая административният орган е дал такава възможност на жалбоподателя да изложи своите съображения относно направените изводи за наличие на нарушения, поради което са спазени и изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ.

Актът съдържа подробни фактически и правни основания и при издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Между страните не е налице спор по фактите. Спорът е относно приложението на закона.

1. Относно нарушение по чл. 46, ал. 1, във връзка с чл. 2, ал. 2 ЗОП – ограничително условие поради неразделяне предмета на обществената поръчка на обособени позиции.

Съгласно § 2, т. 29 ДР на ЗОП "обособена позиция" е такава част от предмета на обществената поръчка, която въпреки че може да бъде самостоятелен предмет на обществена поръчка, е систематично свързана с другите позиции от предмета на обществената поръчка.

Според чл. 46, ал. 1 ЗОП, при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят преценява възможността за разделянето ѝ на обособени позиции. Когато реши, че не е целесъобразно разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, в решението за откриване на процедурата възложителят посочва причините за това. Тоест разделянето на предмета на поръчката в отделни обособени позиции е преценка по целесъобразност на възложителя и в оперативната му самостоятелност е да прецени възможността за подобно разделяне. В случай, че реши, че разделянето на поръчката на обособени позиции не е целесъобразно, възложителят има задължение да мотивира в решението за откриване причините за това. Законът не задължава възложителя при всяка поръчка да отделя в самостоятелно обособени позиции всички дейности от предмета на поръчката, които могат да бъдат изпълнявани самостоятелно. Възложителят разполага с право на обосновавана преценка, кои елементи от предмета на поръчката да бъдат обединени или да бъдат разделени в отделни самостоятелно обособени позиции. Оперативната самостоятелност на възложителя обаче има свои граници и това са изискванията на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

В процесния случай съгласно техническата спецификация, предметът на процесната обществена поръчка включва доставки на различни типове артикули: бяла техника/кухненско оборудване, напр. хладилник с фризер, микровълнова фурна, пералня, сушилня, кафемашина и т.н.; компютърна техника и оборудване - напр. стационарен компютър, монитор, мишка, клавиатура и т.н.; лазерен принтер; както и „черна“ техника и оборудване - телевизор и ТВ стойка. Съдът споделя извода на УО, че тези артикули не се предлагат като съвкупност от един доставчик, а от различни икономически оператори. Необходим е много широк периметър на дейност на съответното предприятие, за да може същото да отговори на изискванията на възложителя, бидейки в състояние да изпълни предмета на поръчката, включващ доставка на толкова съществено различаващи се артикули. Такива оператори вероятно съществуват на пазара, но е ноторно известно, че те не са много, в което се състои и ограничителното влияние на така формулирания предмет спрямо конкуренцията. Групирането на доставката на всички стоки в една поръчка в случая е ограничително, тъй като предполага обединяване на различни субекти при подаване на офертата или ползване на доставки от трети лица. Това е налагало и необходимостта от разделянето и обособяването им в отделни обособени позиции, като критерий за отделните позиции следва да са видът и естеството на артикулите, а не конкретният

обект, за който са предвидени доставките. Подходящо разделяне би било по групи продукти, например- компютърно оборудване, кухненско обзавеждане; бяла и черна техника; домашни потреби и др. Обединяването в рамките на предмета на една обществена поръчка, без разделянето на обособени позиции на доставките, безспорно ограничава конкуренцията, защото поставя пред участниците изискване за изпълнение в рамките на една поръчка на разнородни дейности по доставки, за които съществува обективна възможност за разделянето им на обособени позиции с цел неограничаване на конкуренцията. Предвид изложеното съдът споделя извода на административния орган, че заложеното в решението на възложителя неразделяне на поръчката не доказват спазване на разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП, тъй като възложителят не е посочил основателни причини, поради които е нецелесъобразно разделянето на поръчката на обособени позиции. В конкретния случай липсват заложените от възложителя специфични условия, които да касаят техническите спецификации.

В допълнение към горното следва да се имат предвид и следните съображения: разпоредбата на чл. 46, ал. 1 ЗОП транспонира в националното законодателство разпоредбата на член 46, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС. Съгласно член 46, параграф 1 от Директива 2014/24/ЕС, възложителят може да реши да възложи поръчката под формата на обособени позиции, но ако реши да не разделя поръчката трябва да посочи основните причини за това - т. нар. принцип "раздели или обясни" (divide or explain). Разпоредбата е приета в изпълнение на посочената в съображение 78 на Директива 2014/24/ЕС цел - да улесни достъпа на малките и средни предприятия до обществените поръчки, тъй като участието на малките и средни предприятия от една страна е изключително важно за обществените поръчки, защото води до по-добро съотношение цена/качество при договарянето, а от друга - позволява на тези предприятия да развият своя потенциал и по този начин да въздействат положително на икономиката. Това значи, че наличието на обособени позиции, както и техните предмет, обем и прогнозна стойност пряко влияят на конкуренцията, както на краткосрочната (тази в момента), така и на дългосрочната, тъй като позволява навлизането на нови икономически оператори.

Разделянето на една поръчка на обособени позиции е обвързано в значителна степен от характеристиките на съответния пазар и от предмета на поръчката. Относими конкретни характеристики на пазара, които могат да повлияят на решението за разделяне на поръчката на обособени позиции, са например броя и вида на икономическите оператори на този пазар, технически аспекти на извършване на дейността, както и риска от зависимост от единствен доставчик. Относими конкретни характеристики на предмета на поръчката в случаите на доставка биха могли да бъдат различните дистрибуционни канали на съответните стоки, както и самите характеристики на стоките, които предопределят тяхна специфика от гледна точка на потребностите, които задоволяват - дали това са стоки за ежедневна, обичайна употреба, или стоки, които имат ограничено приложение и с оглед на това предполагат по-малко на брой и/или по-малки като размер производители. Грешките при вземане на решение относно разделянето или

не на предмета на поръчката на обособени позиции имат сериозни последици като липса на конкуренция, неефективни от гледна точка на качеството и на разхода резултати, липса на насърчаване на малките и средни предприятия, както дори и поведение на икономически оператори, което цели незаконно сътрудничество с цел получаване на предимство. С оглед на това осъщественото от възложителя обективно ограничава конкуренцията, т. е. налице е нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Предвид изложеното бенефициерът е допуснал нарушение, за което, с оглед на характера му и при прилагане на теста на Съда на Европейския съюз за преценка на третия елемент на фактическия състав на нередността - вредата - не може да се изключи възможността да има отражение върху бюджета на Съюза (решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU: C: 2016: 562, точка 45), което прави доказан фактическият състав на нередността.

Що се отнася до размера на финансовата корекция, административният орган правилно е мотивирал приложимите нормативни актове като квалификацията на нередността правилно е по т. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, в която е предвиден конкретен размер на корекцията от 5%.

В този смисъл са Решение № 11965 от 21.12.2022 г. на ВАС по адм. д. № 7383/2022 г., VII о., Решение № 8626 от 10.07.2024 г. по адм.д. № 2947/2024 г., VII отд. на ВАС и др.

2. По отношение на установеното нарушение по нарушение по чл. 63, ал. 1 във вр. с чл. 59, ал. 5 и чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП - ограничителен критерий за подбор.

Видно от Документацията за участие – раздел III. 1.3 от обявлението, както и т. 5.3.1. от Документацията за участие в процедурата за възлагане на обществена поръчка, възложителят е поставил критерий за подбор по чл. 63, ал. 1 от ЗОП, както следва: „Участникът да е изпълнил минимум една дейност през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, чиито предмет и обем е идентичен ши сходен с тези на поръчката.* Под „изпълнени дейности“ се разбират такива, при които независимо от датата на сключването им, доставката е приключваща в посочения по-горе период.* Под дейности с идентичен ши сходен предмет и обем се разбира: доставка на електроуреди и техника, включваща доставка на минимум; готварски печки - 4бр., хладшници -4 бр., перални -4 бр., монитори -10бр., стационарни компютри -10 бр.“

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. В съответствие с чл. 59, ал. 2 от ЗОП, 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.

Според чл. 63, ал. 1, т. 1, б. "б. " от ЗОП възложителят може да изисква от

кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните три години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за доставки и услуги. Под "предмет и обем" на поръчката следва да се разбира видът на доставките и услугите. По чл. 59, ал. 2, изр. 2-ро от ЗОП поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Въпрос на оперативна самостоятелност на възложителя е как ще определи съответното изискване към участниците, като свободната му преценка се ограничава от разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, т. е. същият няма право да ограничава конкуренцията чрез включването на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществени поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Следователно, определените критерии за подбор следва да са съобразени с цитираните законови разпоредби.

В случая съдът намира, че при определяне на понятието "сходни" в предмета на поръчката, възложителят посредством изричното посочване на определен вид строителство, необосновано е ограничил възможността на заинтересовани лица за участие в процесната обществена поръчка. Това е така, защото понятието "идентичен" е различно по смисъл и съдържание с понятието "сходен", т. е. те имат различно значение. Понятието "сходен" е по-широко от понятието "идентичен", което предполага еднаквост между предмета на поръчката и предмета на дейностите, които участникът е изпълнил, т. е. предметът на изпълнените сходни дейности не съвпада с този на обществената поръчка. Той може да съвпада само частично, но не и изцяло. На практика в разглеждания случай възложителят под понятието "сходни дейности" е посочил "идентични" такива и в този смисъл е правилен изводът на органа, че посочените критерии за подбор са ограничителни, тъй като са прекалено стеснителни и конкретни. Успешното изпълнение на доставката не е обосновано от такова конкретно посочване на брой артикули, еднакъв и даже надвишаващ този по техническата спецификация, особено в тяхната съвкупност. От една страна, поставено е условие за една доставка на кумулативно изредени различни по естеството си продукти, предполагащи различни доставчици, а от друга и не е допуснато доказване на възможността за изпълнение на същите продукти, но по повече от една дейности. От съществено значение е стопанските субекти да не бъдат възпрепятствани и необосновано наточарвани с разходи, които нямат законово основание, а и икономическа логика. 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, нарушават принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, като по този начин ограничава свободата на конкуренцията, поради което е квалифицирано като осъществяващо състава на чл. 2, ал. 2, вр. ал.1, т. 1 и т. 2 ЗОП и само по себе си представлява нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. и чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ. Това мотивира настоящата съдебна инстанция да приеме, че е допуснато и второто нарушение посочено в

оспореното Решение.

Извършеното нарушение е в обхвата на т. 11 от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, като правилно е определен размера на финансовата корекция с оглед факта, че е било налице е минимално ниво на конкуренция, т. к. по обществената поръчка са получени повече от 2 оферти, които са допуснати и отговарят на процесните критерии за подбор.

3. По нарушението на чл. 122 във вр. с чл. 112, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 64, ал.1, т.2 от ЗОП:

Административният орган приема, че избраният изпълнител видно от приложените по делото документи, същият не доказва извършени дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, съобразно поставените от възложителя условия за изпълнена минимум една доставка, съдържаща едновременно различни артикули и то в определен брой. Участникът не е отговорял на изискванията на възложителя още при подаване на ЕЕДОП, а комисията не е констатирала несъответствието, не е изисквала доказателства и допуснала офертата до оценка.

Обоснован е извод, че възложителят е сключил договора за възлагане на обществена поръчка в нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП, като същевременно участникът не е доказал изпълнението на поставения от възложителя критерий за подбор, свързан с техническите и професионални възможности, поради което е следвало да бъде отстранен от процедурата на основание чл. 107, т. 1 ЗОП. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Този извод е неправилен.

Предвид квалифициране на възприетото нарушение като нередност по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ - "критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно", която хипотеза не съответства на фактическите констатации на органа, за която е определил финансова корекция от 25% върху стойността на допустимите разходи по договора с изпълнителя, следва да се има предвид, че текстът е обвързан с „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата“, което в случая отсъства. В тази връзка съставът се позовава на възприетото в Решение № 11865/2022г., постановено по адм.д.№ 5938/2022г., ВАС : „ ... В тази хипотеза нормативно установен елемент е това да е допуснато "в хода на

процедурата". В нея са визирани случаите, при които критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации, или е отстранен кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени. Във фактическите си установявания административният орган сочи, че избраният изпълнител не е представил документи, изискуеми съгласно разпоредбите на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП към момента на сключване на договора за изпълнение. Констатираните от УО обстоятелства, които според него представляват нарушение на нормите на ЗОП, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 на Наредбата, тъй като не изпълват предвидените предпоставки. Определеният за изпълнител кандидат е отговарял на критериите за подбор, доколкото тези критерии не са променени в хода на процедурата, нито са неправилно приложени по отношение на този кандидат преди да бъде избран за изпълнител. Офертата му е допусната до разглеждане и оценена съобразно одобрените и непроменени в хода на процедурата правила....". Тоест, за фактическата установеност от УО е приложена несъответна правна норма, поради което решението е незаконосъобразно на това основание, в тази част. Така и Решение № 1084/23г. по адм. д. № 7803/22г., ВАС : „...Нарушението е на етап преди сключване на договора за възлагане на обществена поръчка. При квалифицирано нарушение на чл. 107, т.1 ЗОП във връзка с чл.112, ал. 1, т.2 ЗОП и чл.2, ал.1, т.1 и 2 ЗОП, органът е посочил същото като нередност по т. 14 от Приложение 1 към Наредбата за посочване на нередности - "критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно", която хипотеза не съответства на фактическите констатации на органа. В тази хипотеза нормативно установен елемент е това нарушение да е допуснато "в хода на процедурата". Приетото в акта от фактическа страна нарушение на етап преди подписване на договора не обосновава заключение за промяна на офертата на участника в хода на процедурата, поради която промяна впоследствие поръчката да е възложена именно на този кандидат. Напротив, във фактическите си установявания административният орган сочи, че избраният изпълнител не е представил документи, изискуеми съгласно разпоредбите на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП към момента на сключване на договора за изпълнение. Предвид това, констатираните от УО обстоятелства, които според него представляват нарушение на нормите на ЗОП, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 на Наредбата, тъй като не изпълват предвидените предпоставки.“.

Предвид това, констатираните от УО обстоятелства, които според него представляват нарушение на нормите на ЗОП, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 на Наредбата, тъй като не изпълват предвидените предпоставки. В този смисъл е както посоченото от жалбоподателя в жалбата Решение № 7335/21.07.2022 г.

по адм. д. № 3332/2022 г. на ВАС, VII отд., така и Решение № 1084 от 01.02.2023 г. на ВАС по адм. д. № 7803/2022 г., VII о.

При така установеното, Съдът, счита, че оспореното решение в частта Констатация № 3, с която е определена финансова корекция по т. 14 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 по ЗУСЕСИФ /вр. § 70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ/ е незаконосъобразно, поради което следва да бъде отменено.

В частта, касаеща установената нередност по т. 3 от раздел I „Липса на обосновка за неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 31.03.2017 год., изм. и доп. ДВ. бр. 19, от 06.03.2020 год. /Наредбата/- Констатация 1 и установената нередност по Констатация 2 по по т. 11 от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, Съдът намира, че решението е правилно и законосъобразно, поради което следва да бъде потвърдено.

По отношение на крайния процент на финансовата корекция:

Според чл. 143, параграф 1 и 2 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, съответно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя за нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, когато са установени две или повече нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от с.з. се определя една финансова корекция за всички нередности, които засягат един и същ допустим разход. Размерът на дължимата от бенефициента финансова корекция е равен на размера на най-високия процентен показател, приложен за определяне на размера на финансовата корекция за всяка от нередностите, установени с акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Това законодателно решение сочи, че в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ визира. Но така установеното основание- наличието на нередност, има само установително действие, не и само по себе си разпоредително, тъй като без определен (определяем) размер на финансовата корекция не може да възникне задължение за нея. С оглед на

това едва след определянето и на размера на финансовата корекция за всяка от установените нередности и след преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ органът разпорежда (задължава) бенефициента да изпълни една от определените финансови корекции, т.е. задължение за бенефициента създава разпоредителната част, която определя въз основа на правилото на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ размер на дължимата от всички определени по основание и размер финансови корекции. Именно това е ликвидното - определено по основание и по размер, задължение, което се възлага на бенефициента с решението по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. С оглед на този характер на акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ в хипотезата на приложимост на правилото на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ тогава, когато съдът установи, че не е осъществена нередността, за която е определен най- високия процентен показател, следва да отмени акта в частта за определената финансова корекция по процентния показател, който е над този процентен показател, който органът е определил за тази или тези от нередностите, които съдът е приел за осъществени и за които е приел правилно определен размер на финансовата корекция (в този смисъл и Решение № 7620/05.08.2022 г. по адм. д. № 4544/2022 г. на ВАС, VII отд.).

При установената законосъобразност на Решение № РД-02-36-1085/27.09.2023 г. на заместник – министъра и ръководите на Управляващия орган по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, касателно нарушенията, описани по-горе под № 1 и № 2, на които процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, е определен размер на финансова корекция: 5 на сто от безвъзмездната финансова помощ по договор № РИЛ21-ДГ55-14 от 29.11.2021 г. с изпълнител „Смарт Бизнес Къмпани“ ЕООД , [населено място] с цена на Договора 24 126,72 лева без ДДС или 28 952,06 лева с ДДС и с оглед основателността на жалбата в останалата част, следва да се отмени обжалвания акт в частта на определената финансова корекция над 5 % върху допустимите разходи по Договора.

Решението е частично в несъответствие и с целта на закона, доколкото само при допуснатата нередност следва да се наложи ФК и да се възстановява вреда в бюджета.

По разноските в производството:

С оглед изхода на спора - частично уважена жалба и направеното искане за присъждане на съдебни разноски от двете страни, съдът счита, че на ответника следва да бъде определено на основание чл. 78, ал. 1 от ГПК, във вр. с чл. 144 от АПК. Съдът определя дължимото юрисконсултско възнаграждение в размер на 360 лева на основание чл. 78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, за процесуалния представител на ответника, които следва да бъдат редуцирани съобразно отхвърлена част на жалбата. Ето защо на основание чл. 143, ал. 4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева.

Жалбоподателят претендира присъждане на сторените разноски по списък в общ размер от 1285.50 лева, а именно сторените разноски за адвокатско

възнаграждение в размер 1227.60 лева, за които са представени доказателства за изплащането им по банков път и разноски за заплатена държавна такса в размер 57.90 лева. До приключване на делото в хода по същество от страна на ответника не е направено възражение за прекомерност на адвокатския хонорар, като такова е сторено с писмени бележки, представени от ответника след приключване на делото в дадения от съда срок за това. Предвид горното по направеното възражение за прекомерност, съдът не дължи произнасяне. На жалбоподателя следва да се присъди сумата от 500 лева съобразно уважената част на жалбата при материален интерес 7 238,02 лева.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 36 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-1085/27.09.2023 г. на заместник – министъра и ръководите на Управляващия орган по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, в частта му по т. 3 за установено нарушение на чл. 122 във вр. с чл. 112, ал. 1, т. 2 във вр. с чл.64, ал.1, т.2 от ЗОП и определена финансова корекция в размер на 25% върху поисканите за възстановяване разходи по договора № РИЛ21-ДГ55-14 от 29.11.2021 г. с изпълнител „Смарт Бизнес Къмпани“ ЕООД , [населено място] и **ОТХВЪРЛЯ** жалбата в останалата част.

ОСЪЖДА Столична община с адрес [населено място], п.к.1000, район О., [улица] ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от В. А. Т.-кмет да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сума в размер на 100 /сто/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Столична община с адрес [населено място], п.к.1000, район О., [улица] ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], представлявано от В. А. Т.-кмет сума в размер на 500 /петстотин/ лева за съдебни разноски.

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

СЪДИЯ: