

РЕШЕНИЕ

№ 3296

гр. София, 31.01.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 04.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **8002** по описа за **2024** 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 Министерство на здравеопазването, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], пл. „Света Неделя“ № 5, представлявано от Г. К. – министър на здравеопазването, чрез адв. Х., срещу Решение № РД-02-14-1143/15.07.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г., с което е определена финансова корекция в размер на 30 090,13 лв. с ДДС, представляваща 10 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по Договор № 280/13.12.2022 г. с изпълнител „Геновстрой ИАА“ ООД с обща стойност 250 751,10 лв. без ДДС.

Жалбоподателят поддържа, че решението е незаконосъобразно и неправилно, постановено при съществено нарушение на административно-производствените правила, в противоречие с материалноправните разпоредби и несъответствие с целта на закона. Твърди се, че са налице несъответствия с правилата за налагане на финансова корекция, както и разминавания между сочените за нарушени правни норми, изложените изводи и липсата на ясна обосновка защо се счита, че дадена правна норма е нарушена. Излагат се подробни аргументи за обективна несъставомерност на всяко едно от нарушенията, които са вменени на жалбоподателя.

Искането до съда е за отмяна на оспореното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят Министерство на здравеопазването, чрез адв. Х. поддържа жалбата. Счита, че решението следва да бъде отменено, защото възложител на обществената поръчка е [община], а Министерство на финансите е бенефициент по проекта. Поръчката се обявява от [община], която въвежда изискванията. Сочи, че в акта липсва яснота по въпроса каква е връзката бенефициент – възложител. Претендира разноски, за което представя списък.

Ответникът - Ръководителят на УО на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. /ОПРР/ се представлява от юрк. Л., оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена като неоснователна и недоказана. 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-02-37-6/20.05.2022 г. по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 процедура на директно предоставяне BG16RFOP001-9.001 – 0002 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“ /л.19 и следващите от делото/. По силата на така сключения договор Управляващият орган предоставя на бенефициента безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 97 791 432, 00 лева за изпълнение на проектно предложение № BG16RFOP001-9.001 – 0002 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“.

За изпълнението на проекта Министерство на здравеопазването е обявила процедура за обществена поръчка с предмет: „ Инженеринг – проектиране, строителство и авторски надзор на обект: „Преустройство и ремонт на триажен сектор и инфекциозно отделение с реконструкция на съществуваща канализация на сутеренен етаж на МБАЛ „Д-р К. П.“ – [населено място]. Въз основа на проведената процедура по обществената поръчка, бенефициента е сключил договор със спечелилата поръчката фирма „Геновстрой ИАА“ ООД.

Във връзка със сигнал за нередност № 2507 договорът е бил обект на проверка като в процедурата по чл.73 и сл. от ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/ проверяващите установили следните нарушения:

Незаконосъобразен критерий за подбор.

Съгласно Раздел III.1.3) от обявата за представяне на оферти и раздел „Критерии за подбор“ от документацията за обществена поръчка, Възложителят е поставил изискване участникът да разполага с „Експерт по безопасност и здраве, който да притежава валидно удостоверение за Координатор по безопасност и строителството съгласно 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 документ и да има най – малко 3 години стаж.“

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 е констатирано допуснато нарушение на чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 1, т. 2 и ал. 2 от ЗОП, което е съществено.

По отношение на описаните твърдения за нарушение -Незаконосъобразна методика за оценка, УО на ОПРР е счел за основателни констатациите и правните изводи, съдържащи се в сигнала, като е преценил, че те са с финансово влияние, поради което е налице съставомерност, която се квалифицира като "нередност".

Съгласно чл. 70, ал. 7, т. 1-3 от ЗОП, "В документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: ... б. "б. " качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка.". Тази норма УО е счел за нарушена.

Съгласно утвърдената от възложителя методика за оценка, обществената поръчка се възлага по критерий "Икономически най-изгодна оферта - оптимално съотношение качество/цена" при следните показатели и тежест в комплексната оценка на офертите:

Техническо предложение за изпълнение на строителството (ТПИС) - 55 т.

Срок за проектиране (СП) - 5 т.

Цена - 40 т.

Оценката се извършва по посочените показатели и съответните им относителни тежести и съгласно комплексната оценка (КО) по следната формула:

$$КО = ТПИС \times 55 \% + СП \times 5 \% + ФП \times 40 \%$$

Максимален брой точки КО -100 точки.

1. Показатели за оценяване са:

А) ПОКАЗАТЕЛ Техническо предложение за изпълнение на строителството (ТПИС)

Максимален брой точки по този показател е 100 т. - тегловен коефициент в КО - 55%.

Точките по елементите на показател ще бъдат присъждани, както следва: за оценка съдържанието на показателя – максимално 100т., съгласно критериите посочени в документацията. Скалата за оценка на показателя е четиристепенна – 20, 40, 60 и 100 т, в съответствие с качеството на представяне на офертата, съгласно изискванията на възложителя. Подробно са описани в решението на УО, какви обстоятелства са налице в предложението на участника (л. 71 –гръб, л. 72). В следствие на подробен анализ от страна на УО е достигнал до извода, че Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите е незаконосъобразна в частта Техническо предложение за изпълнение на поръчката” (ТПИС). В тази си част методиката предвижда участникът да получава допълнителен брой точки, ако в техническото предложение се съдържат надграждащи елементи.

Посочено е, че възложителят е предвидил четиристепенна скала за оценка на показателя ТПИС – 20, 40, 60 или 100 т., в съответствие с качеството на представяне на офертата, съгласно изискванията на възложителя, като в табличен вид са посочени определени изисквания, съответствието с които ще донесе допълнителен брой точки по този показател. Счел е, че качествено изпълнение на предмета на поръчката следва да бъде гарантирано от всеки един участник независимо от това с колко точки е оценено техническото му предложение и не бива да се оценява оферта, която не може да гарантира качество на изпълнение. Освен това в техническата спецификация е записано, че инженерингът включва три основни дейности- проектиране, строителство и авторски надзор. В т. 4 „Видове дейности, включени за изпълнение – изисквания „, от Техническата спецификация е записано, следното:

4.1 Разработване на инвестиционен проект- „Проектирането следва да се извърши при спазване на изискванията на действащите норми за проектиране (български и европейски) и действащото българско законодателство в тази област, като проектната документация следва да се изготви в пълно съответствие с подробно изброена нормативна уредба. Във връзка с това УО е приел, че позоваването на нормативната уредба, относима към предмета на поръчката, е задължително условие за изпълнението ѝ и в случай, че участник не е запознат с приложимата действаща нормативна уредба, съществуващите технически изисквания и стандарти, както и в случай, че не разбира всяка една от поставените задачи за изпълнение, то не би следвало да отговаря на минималните изисквания на възложителя. Във връзка с установеното е достигнал до извода, че поставянето на това изискване е нерелевантно към този етап на процедурата , както и че не става ясно как точно това предложение ще бъде оценено в съответствие с предмета на поръчката. Налице е нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, 2 и 3, буква б) и чл. 70, ал. 4, т. 1, от ЗОП, тъй като не е осигурена възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в

съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, 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.

Във връзка с горното, с писмо от изх. № 99-00-6-359/20.06.2023 г. бенефициентът и жалбоподател в настоящето производство е уведомен за сигнала за нередност № 2507, 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. 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-02-14-1143/15.07.2024 г. 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 10 % върху допустимите разходи по договора с изпълнителя.

Срещу постановеното решение е подадена жалба, предмет на 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 17.07.2024 г., чрез ИСУН / жалбата е депозирана чрез административния орган, в АССГ в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК на 29.07.2024 г. и същата е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е частично основателна.

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 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 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.16 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 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 2014-2020 г. 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 (Сравн.: 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, основанийето 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 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 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 неправилен 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 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 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.

В конкретния случай са констатирани две нарушения.

Относно нарушението на чл.59, ал.2 и чл.2, ал.2 от ЗОП - незаконосъобразни критерии за възлагане по отношение на „експерт по безопасност и здраве“ съдът, приема, че решението на ответника в тази му част е правилно поради следното:

Съгласно Раздел III .1.3) от обявата за представяне на оферти и раздел „Критерии за подбор“ от документацията за обществена поръчка, Възложителят е поставил изискване участникът да разполага с „Експерт по

безопасност и здраве“, който да притежава валидно удостоверение за Координатор по безопасност и строителството съгласно 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 документ и да има най – малко 3 години стаж.“

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 „Експерт по безопасност и здраве“, 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.

Така допуснатото нарушение 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 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.

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. Съгласно чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция. Действително изискванията към участниците в процедурата се определят от възложителя в рамките на неговата оперативна самостоятелност и при съобразяване с цялостната фактическа обстановка по конкретната поръчка. Но оперативната самостоятелност не означава да се дерогират законовите изисквания, в случая на принципите залегнали в чл. 2 от ЗОП. Оперативната самостоятелност е възможността на органа да избира измежду няколко възможни решения, всяко от които е в еднаква степен законосъобразно, но в различна степен целесъобразно. В случая, в противоречие с чл. 2, ал. 2 ЗОП от възложителя са въведени ограничаващи критерии. Законът принципно не забранява поставянето на изисквания, а забраната се отнася само до такива изисквания, които необосновано ограничават участието на лица в обществените поръчки и не са съобразени с предмета и количеството или обема на обществената поръчка, както е констатирано в конкретния случай.

Посоченото отклонение се квалифицира като нарушение по т. т. 11 „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", буква „а" „Нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка" от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за което предвид, че процедурата е по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, е предвидена финансова корекция в размер на 10 % от предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ по сключения договор за обществена поръчка в резултат на проведената процедура поради естеството на нарушенията и невъзможност да се определи точния размер на финансовите последици, УО прилага пропорционалния метод, в съответствие с чл. 5 на Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ.

В процесния случай, предвид спецификата на установеното нарушение, не е възможно да се определи точен размер на загубата на публични средства. Няма как да се установи колко други кандидата биха участвали в обществената поръчка и какви условия биха оферирали, за да се определи разликата между употребените средства при и без нарушенията. В случаи като настоящия, когато количественото изражение на финансовите последици е невъзможно да бъде конкретно определено, законодателят е допуснал да бъде определен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи - чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ. Издателят на акта е изложил мотиви, защо е пристъпил към приложение на пропорционалния метод. Съгласно чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението, е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи.

Констатираното нарушение попада в легалната дефиниция на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. и се субсумира съобразно чл. 70, ал. 2 вр. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във фактическия състав на т. 11, б „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

В процесното решение е изследвана възможността за нанасяне на вреда на средствата на ЕСИФ. Нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието на доказана реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. (36) Регламент № 1303/2013 е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз. В оспорваното решение на УО на ОП „НОИР“ изрично е посочено, че размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагане на пропорционален метод и по реда на чл. 3, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като с оглед естеството на нарушенията не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражения на нарушенията върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора.

Относно нарушение на чл. 70, ал.4, ал.7, т. 1 и т. 2 и т. 3, б. „б“ от ЗОП и чл.2, ал. 2 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал.1, т.1 и т. 2 от ЗОП:

Съгласно чл.70 ал.7 от ЗОП в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за:

количествено определимите показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. По силата на чл. 70 ал.5 от ЗОП показателите, включени в критериите по ал.2 т.2 и т.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, но не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. При изготвяне на методиката възложителите трябва да спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП. Залагането на качествени показатели за оценка следва да осигурява на участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като конкретно за качествените показатели възложителят трябва да посочи начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка /чл.70 ал.7 т.3 б. "б" ЗОП/. Заложените в тази насока показатели за оценка следва да не дават възможност за субективна преценка от страна на комисията, а да съдържат ясни указания за обстоятелствата, съдържащи се в офертите, които ще подлежат на оценка.

За да достигне до извод в процесното решение за наличие на нарушение на горесцитираните норми, УО е приел, че тъй като не е осигурена възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, 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.

Видно от процесната методика за оценка, че за техническо предложение за изпълнение на строителството (ПИС) - 55 т., срокът за проектиране (СП) - 5 т., цена - 40 т. Оценката се извършва по посочените показатели и съответните им относителни тежести и съгласно комплексната оценка (КО) по следната формула:

$$КО = \text{ТПИС} \times 55 \% + \text{СП} \times 5 \% + \text{ФП} \times 40 \%$$

Максимален брой точки КО -100 точки.

1. Показатели за оценяване са:

А) ПОКАЗАТЕЛ Техническо предложение за изпълнение на строителството (ТПИС)

Максимален брой точки по този показател е 100 т. - тегловен коефициент в КО - 55%. Точките по елементите на показател ще бъдат присъждани, както следва: за оценка съдържанието на показателя – максимално 100т., съгласно критериите посочени в документацията. Скалата за оценка на показателя е четиристепенна – 20, 40, 60 и 100 т, в съответствие с качеството на представяне

на офертата, съгласно изискванията на възложителя. Подробно са описани в решението на УО, какви обстоятелства са налице в предложението на участника (л. 71 –гръб, л. 72). В следствие на подробен анализ от страна на УО е достигнал до извода, че Методиката за определяне на комплексна оценка на офертите е незаконосъобразна в частта Техническо предложение за изпълнение на поръчката” (ТПИС). В тази си част методиката предвижда участникът да получава допълнителен брой точки, ако в техническото предложение се съдържат надграждащи елементи. Посочено е, че възложителят е предвидил четиристепенна скала за оценка на показателя ТПИС – 20, 40, 60 или 100 т., в съответствие с качеството на представяне на офертата, съгласно изискванията на възложителя, като в табличен вид са посочени определени изисквания, съответствието с които ще донесе допълнителен брой точки по този показател. Ответникът е приел, че качествено изпълнение на предмета на поръчката следва да бъде гарантирано от всеки един участник независимо от това с колко точки е оценено техническото му предложение и не бива да се оценява оферта, която не може да гарантира качество на изпълнение. Освен това в техническата спецификация е записано, че инженерингът включва три основни дейности-проектиране, строителство и авторски надзор. В т. 4 „Видове дейности, включени за изпълнение – изисквания „ от Техническата спецификация е записано, следното:

4.1 Разработване на инвестиционен проект- „Проектирането следва да се извърши при спазване на изискванията на действащите норми за проектиране (български и европейски) и действащото българско законодателство в тази област, като проектната документация следва да се изготви в пълно съответствие с подробно изброена нормативна уредба. Във връзка с това УО е приел, че позоваването на нормативната уредба, относима към предмета на поръчката, е задължително условие за изпълнението ѝ и в случай, че участник не е запознат с приложимата действаща нормативна уредба, съществуващите технически изисквания и стандарти, както и в случай, че не разбира всяка една от поставените задачи за изпълнение, то не би следвало да отговаря на минималните изисквания на възложителя. Във връзка с установеното е достигнал до извода, че поставянето на това изискване е нерелевантно към този етап на процедурата , както и че не става ясно как точно това предложение ще бъде оценено в съответствие с предмета на поръчката. Не е осигурена възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации, 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.

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.

На първо място 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 (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.). Така поставените минимални изисквания засягат извършване на дейностите предмет на поръчката, докато чрез надграждащите обстоятелства, от участниците следва да бъдат предложени конкретни мерки

свързани с осъществяването на контрол при извършване на тези дейности. Безспорно надграждащото обстоятелство е свързано с минималните изисквания, но то му добавя стойност и осигурява гаранция за качествено изпълнение на поръчката и това именно е смисъла на надграждането, което осигурява съответно и повече точки при оценката. Видно от посоченото, 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 установеното нарушение и правилно определената за тях финансова корекция, която в случая не търпи корекция.

В тази връзка, крайният извод на съда е, че оспореното решение се явява издадено от компетентен орган, при спазване на установената форма, но е постановено в противоречие с материалния закон относно нарушението по чл. 70, ал. 7, т. 1 и 2 от ЗОП във връзка с чл. 70, ал. 5, изр. 3 и ал. 7, т. 2 и 3, б. „б“ от ЗОП, поради което жалбата срещу него в тази му част следва да се уважи, а административният акт да се отмени и да се отхвърли по отношение на нарушение по чл. 59, ал. 2 във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

На основание чл. 81 ГПК съдът трябва да се произнесе по претенцията на страните за присъждане на разноски.

При извода за частична основателност на жалбата и при своевременно заявените искания, разноски се следват и на жалбоподателя, и на ответника. Жалбоподателят е направил разноски в размер на 200,60 лв. за държавна такса и претендира 3 668,65 лв. адвокатско възнаграждение. Ответникът не е направил възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение. Съразмерно на уважената част от жалбата и доказаните разходи, както и след редукцията на адвокатското възнаграждение, на Министерството на здравеопазването се следват разноски в общ размер на 1 934,62 лева.

Ответникът не е представил списък за сторените от него разноски. В производството същият е представляван от юрисконсулт. На ответната страна следва да се присъдят разноски на основание чл. 143, ал. 1 от АПК и чл. 78, ал. 8 (Изм. – ДВ, бр. 8 от 2017 г.) от ГПК, вр.чл.144 от АПК във вр.чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ в общ размер от 100 лв., за процесуално представителство.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 7 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на здравеопазването, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], представлявано от Г. К. – министър на здравеопазването, чрез адв. Х., срещу Решение № РД-02-14-1143/15.07.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в

растеж“ 2014-2020г., в частта, в която е установено нарушение на чл. 59, ал. 2 във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, представляващо нередност по т. 11, б „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто по договор № 280/13.12.2022г. с изпълнител „Геновстрой ИАА“ ООД на стойност 250 751,10 лв.

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-14-1143/15.07.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г за налагане на финансова корекция в размер на 10 на сто от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни фондове върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по Договор № 280/13.12.2022 г. с изпълнител „Геновстрой ИАА“ ООД с обща стойност 250 751,10 лв. без ДДС., в частта, в която е установено нарушение на чл. чл. 70, ал. 7, т. 1 и 2 от ЗОП във връзка с чл. 70, ал. 5, изр. 3 и ал. 7, т. 2 и 3, б. „б“ от ЗОП, представляващо нередност по т. 11, б „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, за която е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто по договор № 280/13.12.2022г. с изпълнител „Геновстрой ИАА“ ООД на стойност 250 751,10 лв.

ОСЪЖДА Министерство на здравеопазването да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройство сумата от 100 лева разноски по делото.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройство да заплати на Министерство на здравеопазването сумата от 1 934,62 лева разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: