

РЕШЕНИЕ

№ 5442

гр. София, 14.09.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 14.06.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **1534** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата на Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/, вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба Столична Община, Булстат:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], представлявана от Й. Ф., кмет и със съдебен адрес: [населено място], [улица], ет. 6, офис 24, депозирана чрез адв. Г. Г. П. срещу Решение от 27.01.2022 г. издадено от Г. С., на длъжност главен директор на ГД "ОПОС" и Ръководител на УО на ОПОС 2014-2020, с което на основание чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69, ал. 1 и чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, във връзка приключване на производство по сигнал № 779 регистриран в Регистъра на сигналите за нередности по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, воден в Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите - Управляващ орган па ОПОС 2014-2020 г., във връзка с установени нарушения на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 и ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З. при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Реконструкция и модернизация на 3 броя токоизправителни станции (Т.): Т. „В.“, находящ се на адрес: 1202 - С., [улица]; Т. „Юнак“ находящ се на адрес: 1164-С., [улица]; Т. „С.“, находящ се на адрес: 1574-С. [улица]”, уникален номер 00203-2020-0003 и сключен договор № СЕ-198 от 23.11.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 12 050 677.61 лв. без ДДС, представляващи нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, е

определена финансова корекция в размер на 5% върху поисканите за възстановяване разходи по сключен договор № СЕ-198 от 23.11.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 12 050 677.61 лв. без ДДС и представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ

В жалбата и в депозираните в последствие писмени бележки се излагат доводи за незаконосъобразност на оспореното решение поради противоречие с материалния и процесуалния закон. Прави се оплакване, че не са налице твърдените от УО нарушения при провеждането на процедура за възлагане на обществената поръчка. Поставеният от възложителя критерий за подбор, а именно за вписване на участника в Централния професионален регистър на строителя или в аналогични регистри на държавата-членка, ако той е чуждестранно лице, за трета група и трета категория строежи е съобразено с предмета на поръчката и е в съответствие на чл. 59, ал. 2 ЗОП. Счита, че изискването на чл. 3, ал. 2 от З. е относимо за тези от участниците, които с оглед на разпределението на дейностите, установено в договора за създаване на обединение, ще изпълняват строеж от първа до пета категория или отделни строителни и монтажни работи, посочени в Н., позиция „Строителство“. С оглед на поставения критерий за подбор, за да е той съответен на закона, възложителят е конкретизирал, че е приложим единствено за тези от участниците в обединението, които съобразно разпределението на участието им при изпълнението на дейностите, предвидено с договора за създаване на обединение ще изпълняват строителството, т.е. дейностите по смисъла на чл. 3, ал. 2 З., за които се изисква вписване в регистъра. Посочва, че същността и целта на предоставената от закона възможност лицата да се обединяват, е за да могат да изпълнят конкретна обществена поръчка, която по някаква причина всяко от тях самостоятелно не може да изпълни. Твърди, че изложените в решението изводи за нарушения се основават на допускания и хипотези, за субективност при прилагането на закона, продиктувани от вероятната липса на опит и необходима професионална компетентност на съставителите на сигнала, както и на неаргументирани допускания за „потенциално“ ограничаване на „евентуалната“ конкуренция чрез „обезкуражаване“, която би могла да е налице, ако възложителят беше заложил друг критерий за подбор в процедурата, което според нас е невярно и необосновано твърдение, ненамиращи потвърждение в ЗОП и правилника за прилагането му, както и в относимите правни норми. С оглед на изложеното отправеното до съда искане е за отмяната на Решение от 27.01.2022 г. на ръководителя на УО на ОПОС.

В съдебното заседание, жалбоподателят Столична община се представлява от адв. П., който поддържа тезата за отмяна на оспореното решение по съображенията, изложени в жалбата и в депозираните по делото писмени бележки. Претендира се присъждане на разноски, съобразно представен списък на разноските по делото.

Ответникът - Ръководителя на УО на ОПОС 2014-2020, редовно призован, чрез процесуалните си представители юрк. А. и юрк. А. оспорват жалба, като подробни доводи относно законосъобразността на оспорения акт са изложени в депозираните по делото писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение, а на основание чл. 78, ал. 5 от ГПК прави възражение за претендираното от страна на жалбоподателя адвокатско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура – редовно призована, не изпраща представител.

Административен съд София – град , III отделение, 70 състав 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:

Не е спорно между страните, че жалбоподателят Столична Община, е бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16M10P002-5.004-0007-C02 „Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез закупуване и доставка на електрически превозни средства за шосеен транспорт електрически автобуси и тролейбуси". В това свое качество същия е провел обществена поръчка с предмет: Реконструкция и модернизация на 3 броя токоизправителни станции (Т.): Т. "В." находящ се на адрес: 1202- С., [улица]; Т. "Юнак" находящ се на адрес: [населено място], [улица]; Т. "С." находящ се на адрес: [населено място]. [улица]”, с оглед на която е сключен договор № СЕ-198 от 23.1 1.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 12 050 677.61 лв. без ДДС.

Въз основа на сигнал за нередност № 779, регистриран в Регистъра на сигналите за нередности по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, воден в Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите - Управляващ орган па ОПОС 2014-2020 г., във връзка с установени нарушения при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Реконструкция и модернизация на 3 броя токоизправителни станции (Т.): Т. "В." находящ се на адрес: 1202- С., [улица]; Т. "Юнак" находящ се на адрес: 1164-С., [улица]; Т. "С." находящ се на адрес: 1574-С.. [улица]”, УО е извършил последващ контрол за законосъобразност на осъщественото производство по провеждане и възлагане на обществената поръчка по ЗОП.

Бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 5-004-0007-4-361/19.11.2021 г. въведено в ИСУН 2020 на 01.12.2021 г. (кореспонденция рег. № BG16M10P002-5.004-0007-C02-M100) за констатираното отклонение, неговият финансов ефект и основаниято и размерът на предложената финансова корекция в резултат от осъществена проверка относно законосъобразността на обществена поръчка, като му е дадена възможност за депозиране на обяснения и възражения.

УО е посочил, че е констатирал нарушение на разпоредбите на чл. 3, чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 и ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З.. Посочено е, че: съгласно раздел III. 1.1) от обявлението и т. 39 и 39.1. от документацията участникът следва да е вписан в Централния професионален регистър на К. на строителите за строежи трета група, трета категория, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени. В забележка към т. 39.1 от документацията за поръчката е уточнено, че при „участие на обединение спазването на изискването се доказва от тези членове на обединението, които съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението, са ангажирани с изпълнението на строителството“. Посочено е от възложителя, че изискването се доказва с валидно удостоверение за вписване в ЦПРС за изпълнение на строежи от съответната група и категория строежи, представено в оригинал или заверено копие. Това изискване всеки извършващ СМР член на обединението да е регистриран в ЦПРС за определената от възложителя категория, УО е приел за необосновано, като ограничаващо възможностите за участие на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в

изпълнението на строително монтажни дейности, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице. Поради това били нарушени са чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 и ал. 6 от З. във връзка с чл. 3, ал. 3 от З., като констатираното нарушение осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г.

УО на ОПОС е приел още, че за установеното нарушение чл. 3, ал. 3 от З. във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, следва да се наложи финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите от нарушението разходи по сключения с изпълнителя [фирма] договор.

Безспорно е по делото, че в срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от бенефициента Столична Община с писмо изх. № СОА10-ДИ04-2688-(15)/07.12.2021 г., представено чрез кореспонденция в ИСУН 2020 с рег. № ВГ16М10Р002-5.004-0007-С02-М102/07.12.2021 г. е представено възражение по основателността и размера на предложената обща финансова корекция.

След разглеждане на постъпилото възражение от страна на бенефициента, УО на ОПОС е постановил атакуваното в настоящото производство решение за определяне на финансова корекция.

С него Р. на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ /Р. на ОПОС/ на Столична община, бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № ВГ16М10Р002-1.004-0007-С02 от 09.10.2019 г. /АДБФП/ е определил финансова корекция в размер на 5% върху поисканите за възстановяване разходи по договор № СЕ-198 от 23.01.2020 г. с изпълнител [фирма] на стойност 12 050 677.61 лв. без ДДС, допустими за финансиране със средства по ОПОС 2014-2020 г. и представляващи средства по ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. Финансовата корекция е определена на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, чл. 14, ал. 1 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016 г., обн., ДВ, бр. 57 от 22.07.2016 г., поел. изм. ДВ, бр. 90 от 30.10.2018 г. /НАНЕСИФ/ и т. 11, буква „б“ 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 реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн. ДВ. бр. 27 от 31 март 2017 г., поел. изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06.03.2020 г. /Наредбата/, с идентични мотиви на уведомителното писмо.

Представена и приета е Заповед № РД-13/06.01.2022 г. на Министъра на околната среда и водите, съгласно която, Г. С. и.д. главен директор на главна дирекция „Оперативна програма Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите, е оправомощена по силата на делегация, да изпълнява функциите на Ръководител на управляващия орган на ОПОС, в МОСВ, в пълен обем.

По делото са приети и представени са с административната преписка документи, във връзка с провеждането на обществената поръчка.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол (съобразно чл. 73 ал.4 от ЗУСЕСИФ),

поради което същата е процесуално допустима.

По същество на спора:

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

На основание чл. 73, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Разпоредбата на чл. 9, ал. 5, изр. второ и трето от ЗУСЕСИФ, предвижда, че ръководител на УО е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира УО, или определено от него лице, като правомощия на ръководител на УО по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице. В конкретния случай оспорения индивидуален административен акт е издаден от компетентен орган в изпълнение на изискванията по посочените правни норми и във вр. с чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията във вр. с чл. 5 от Устройствения правилник на Министерството на околната среда и водите /МОСВ/. По делото се установява, че и.д. главен директор на ГД ОПОС Г. С. е оправомощена за ръководител на УО, определен съобразно представената по делото заповед № РД-13/06.01.2022 г. на министъра на околната среда и водите да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020, поради което оспореното в настоящото производство решение е издадено от компетентен орган, съобразно делегираните му правомощия.

На следващо място административният акт, предмет на настоящото производство е издаден в предвидената от законодателя писмена форма, мотивиран, с конкретно изложени в него фактически и правни основания, като е съобразен с изискванията за съдържание по чл. 59, ал. 2 от АПК, поради което не са налице основанията по чл. 146, т. 2 от АПК, а доводите изложени от жалбоподателя в тази насока не се споделят от настоящия състав на съда.

В случая не се установява и съществено нарушение на административнопроизводствените правила, допуснати в хода на производството в което не са верифицирани съответните разход и които да са довели до незаконосъобразност на оспореното решение.

Относно материалната законосъобразност на акта:

Страните нямат спор по фактите, които следва да се считат безспорно установени.

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, обн. ДВ, бр. 101/22.12.2015 г., в сила от 25.12.2015 г., според чл. 1 ал. 1 от същия, се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1 ал. 2 ЗУСЕСИФ, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България. В раздел III от глава пета от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции.

Разпоредбата на член 125, параграф 1 от Регламент № 1303/2013 г. задължава управляващия орган да осъществява управлението на оперативната програма в съответствие с принципа на добро финансова управление. Принципът на добро финансово управление, с оглед на датата на издаване на оспореното решение - 28.12.2018 г., е дефиниран в член 30 на Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 25 октомври 2012 година относно финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза и за отмяна на Регламент (ЕО, Е.) № 605/2002 на Съвета (Регламент № 966/2012). Съгласно параграф 4, буква а), подточка i) на член 125 от Регламент № 1303/2013 по отношение на финансовото управление и контрол на оперативната програма управляващият орган проверява дали съфинансираните продукти и услуги са осигурени и дали операцията съответства на приложимото законодателство, на оперативната програма и на условията за подкрепа на операцията, както и дали е платен размерът на разносните, деклариран от бенефициера (по смисъла на член 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013). В изпълнение на приложимите норми на правото на Европейския съюз, посочени по-горе, Република България, в качеството си на държава-членка, за изпълнение на наложената и отговорност да следи за извършени нередности и да защитава бюджетните интереси на ЕС чрез анулиране на публичния принос за дадена програма спрямо конкретната операция, при и по повод на която е констатирана нередност

В чл. 70, ал.1, т. 9 ЗУСЕСИФ е посочено, че финансова корекция се извършва 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. Такава нередност може да бъде извършена, чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, както и на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност“. При определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1.) Доказано нарушение на разпоредба на общностното право или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В настоящия случай, се установиха предпоставките за налагане на ФК, поради нарушения на императивни норми на ЗОП.

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. 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 разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на

Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. В този смисъл са и Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможност нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатираните нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност, от които следва да се води

Безспорно се установява и от приложената административна преписка, че: раздел III. 1.1) от обявлението и т. 39 и 39.1. от документацията участникът следва да е вписан в Централния професионален регистър на К. на строителите за строежи трета група, трета категория, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени. В забележка към т. 39.1 от документацията за поръчката е уточнено, че при „участие на обединение спазването на изискването се доказва от тези членове на обединението, които съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението, са ангажирани с изпълнението на строителството“.

При тези факти, УО, е приел, че доколкото 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, въведеното изискване е ограничително.

Прието е от УО, че: Разпоредбата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП определя, че при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

Посочено е от УО, че съгласно чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите (З.), когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. Предвид гореизложеното, изискването всеки член на обединението, извършващ строителство, да е регистриран в ЦПРС за определената от възложителя категория за съответната обособена позиция, необосновано ограничава възможностите за участие на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на строително монтажни дейности, заедно с лице, регистрирано по надлежния законов ред.

Това нарушение на императивни правни норми по ЗОП: нарушение по чл. 3, ал. 3 от

Закона за камарата на строителите във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, е квалифицирано от УО, като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета с ПМС № 57/28.03.2017г., като попада в обхвата на нарушението: *„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 б): "случаите, при които са приложени дискриминационни критерии /условия/ спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор"*.

Тези изводи на УО, са правилни и не се констатира нарушение на материалния закон, по следните правни съображения:

Според 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. 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, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

В съответствие с чл. 59, ал. 6 от ЗОП при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението. Възложителят може да определя по отношение на кандидатите/участниците критерии за подбор, които се отнасят до годността /правоспособността/ за упражняване на професионална дейност /чл. 59, ал. 1, т. 1 от ЗОП/, при спазване чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съответно на чл. 59, ал. 6 от ЗОП. Гарантирането и обезпечаването на подходящ стандарт на качество за изпълнение на предмета на поръчката при формулиране на изискванията по отношение на годността за упражняване на професионалната дейност /чл. 58, § 2 от Директива 2014/24/ЕС/, следва да се основава на необходимост от въвеждането на съответните изисквания за установяване възможността за изпълнение и съобразността им с предмета, стойността, обема и сложността на обществената поръчка /чл. 59, ал. 2, изр. първо и второ от ЗОП/ като се съблюдава забраната за поставяне на условия, които необосновано нарушават равенството на кандидатите във възможностите им за участие /чл. 2, ал. 2 от ЗОП/. Съответно неправомерно, т.е. в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, би било това изискване за годността /правоспособността/ за упражняване на професионална дейност, което е непропорционално спрямо предмета, обема и сложността на поръчката и което води или до неравнопоставеност, или до неоправдано ограничаване на възможността за участие на потенциални участници.

Предметът на поръчката е Реконструкция и модернизация на 3 броя токоизправителни станции (Т.). Видно от доказателствата по делото е, че в раздел III.

1.1) от обявлението и т. 39 и 39.1. от документацията участникът следва да е вписан в Централния професионален регистър на К. на строителите за строежи трета група, трета категория, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени. В забележка към т. 39.1 от документацията за поръчката е уточнено, че при „участие на обединение спазването на изискването се доказва от тези членове на обединението, които съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението, са ангажирани с изпълнението на строителството“.

Съгласно чл. 3, ал. 3 от Закона за К. на строителите, когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. Правилно УО, е приел, че поставеното условие е ограничително, предвид на това, че изискването всеки член на обединението, който ще извършва строителство, да е регистриран в ЦПРС необосновано ограничава участието на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от Закона за К. на строителите да участват в изпълнението на СМР, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице. В конкретния случай не е налице въведеното с чл. 59, ал. 6 от ЗОП изключение – нормата изисква на първо място изрично обединението да не е юридическо лице и на второ място съответствието с критерия за подбор се доказва от обединението участник, а не от всички лица в него. Така, както е заложено от възложителя, ако участникът участва като обединение/консорциум, без да е уточнено, че регистрация в ЦПРС следва да има обединението и само този член който ще извършва конкретната строителната дейност е ограничително, тъй като противоречи не само на чл. 3, ал. 3 от З., но и на чл. 59, ал. 6 от ЗОП. В този смисъл е практиката на Върховния административен съд, застъпена в Решение № 16016 от 30.12.2020 г. на ВАС по адм. д. № 10288/2020 г., Решение № 9687 от 15.07.2020 г. на ВАС по адм. д. № 4035/2020 г., Решение № 830 от 21.01.2021 г. на ВАС по адм. д. № 8862/2020 г.

Според чл. 59, ал. 6 от ЗОП /обща правна норма/ и според чл. 3, ал. 3 от З. /специална правна норма/ в обединение, в което участват няколко лица, които ще изпълняват строително монтажни работи, някои от тях да не са вписани в ЦПРС, при условие, че поне едно от лицата има доказателства за подобно вписване. След като законодателят е предвидил в нормативните актове възможността в обединението само един от участниците да е вписан в ЦПРС, то неоснователно възложителя е ограничил тази възможност като е поставил условие всеки от участниците, който ще извършва строителство в обединението да има подобна регистрация.

Поставеният от възложителя критерий за подбор обективно ограничава възможността участници, които желаят да създадат обединение да участват в обществената поръчка. В. критерий за подбор като необоснован е едновременно и непропорционален с оглед изпълнението на обществената поръчка. Налице е безспорно и необосновано изключване на неопределен брой лица от участие поради наличието на процесното ограничително условие.

Предвид гореизложеното въвеждането на критерии за подбор извън допустимите по смисъла на ЗОП и на Директива 2014/24/ЕС /в частност тези относно годността за упражняване на професионална дейност по смисъла на чл. 58, § 1, б. "а" от посочената Директива/ в случая е довело до пряко ограничаване кръга на потенциалните участници. Допуснатото нарушение създава трудност за потенциалните участници да се организират в обединение и има възпиращ ефект по отношение на участието в конкретната процедура като води до ограничаване на конкуренцията. Следователно, допуснатото нарушение попада във фактическия

състав на понятието за нередност, респективно налице са и правните и фактическите основания за прилагането на финансова корекция.

Обосновани са изводите на ОУ за наличие на ограничително условие относно поставените изисквания към участниците. Въпреки наличието на оперативна самостоятелност при определяне на изискванията към участниците, възложителят на обществената поръчка не може да дерогира законовите изисквания, като в случаят са нарушени принципите обективирани в чл. 2 от ЗОП. Константна с практиката на Върховния административен съд, че възложителите не могат да включват в обявлението и документацията критерии за подбор, по отношение на които действащото законодателство не предвижда изричен ограничителен режим. В този смисъл са Решение № 14090/16.11.2020 г. по адм. д. № 9375/2020 на ВАС, Решение № 10309/27.07.2020 г. по адм. д. № 4024/2020 на ВАС, Решение № 9687/15.07.2020 г. по адм. д. № 4035/2020 на ВАС, Седмо отделение и др.

УО, е изложил мотиви за прилагане на ФК в минимален размер, по отношение на нередност по т.11, б. „б“ от Приложението, при прилагане на правилото на чл. 5 при пропорционалния метод на корекция върху разходите върху двата засегнати договора и по двете обособени позиции, сключени с изпълнителите по обществената поръчка. В конкретния случай не е възможно определяне на конкретно финансово отражение на нарушението, доколкото, по естеството си то касае нарушаване на конкуренцията, което обективно не позволява изчисляване на финансово влияние от УО. Определеният в процентно отношение размер на ФК от 5%, определен в минималния допустим размер, при съблюдаване тежестта на нарушението, е изчислен като стойност, по реда и по формулата по чл. 5, ал. 3 от Наредбата, въз основа на конкретен размер на засегнатите от нарушението договори по обособените позиции, с изпълнителите по обществената поръчка, което е правилно и законосъобразно.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора жалбоподателят следва да заплати на ответника претендираното юрисконсултско възнаграждение, което съдът, съобразно представен списък с разноски определя в размер на 150 лева.

Водим от горните съображения, Административен съд София - град, Трето отделение, 70 състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична Община, Булстат:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], представлявана от Й. Ф., кмет и със съдебен адрес: [населено място], [улица], ет. 6, офис 24, депозирана чрез адв. Г. Г. П. срещу Решение от 27.01.2022 г. издадено от Г. С., на длъжност главен директор на ГД „ОПОС“ и Ръководител на УО на ОПОС 2014-2020, като неоснователна.

ОСЪЖДА Столична Община, Булстат:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], представлявана от Й. Ф., кмет, да заплати, на Министерство на околната среда и водите, в полза на Ръководителя на Управляващия орган на ОПОС, ГД „Оперативна програма Околна среда“, юрисконсултско възнаграждение в размер на 150.00 /сто и петдесет/ лева.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: