

РЕШЕНИЕ

№ 955

гр. София, 18.02.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 16.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **5534** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК във вр. с чл.73 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Софийски университет „С. К. О.“, представляван от ректора на университета, против Решение № 0401-11/01.06.2020г. за определяне на финансова корекция, издадено от Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80.09-74 от 15.05.2019 г., сключен с [фирма], ЕИК[ЕИК] на стойност 38 361,94 лв. без ДДС, съответно 46 034,33 лв. с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“, по проект BG05M2OP001-1.002-0012 по ОП НОИР“.

На основание чл. 5, ал. 3 от горепосочената Наредба (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.), максималната стойност на финансовата корекция е 11 508,58 лв. (единадесет хиляди петстотин и осем лева и

петдесет и осем стотинки).

На основание чл. 72, ал. 3, изречение второ от ЗУСЕСИФ определеният процентен показател по т. I ще се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащане по Договор № 80.09-74 от 15.05.2019 г., сключен с [фирма], ЕИК[ЕИК] на стойност 38 361,94 лв. без ДДС, съответно 46 034,33 лв. с ДДС

Решението се оспорва като неправилно и незаконосъобразно. След възпроизвеждане в жалбата на позицията на УО от оспореното решение, както и позицията на жалбоподателя по констатациите в решението, се твърди неоснователност и несъстоятелност на тезата на УО. Твърди се, че в противоречие с чл.14 ал.1 от Наредбата за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от ЕС, в оспореното решение не се съдържат мотивирани заключения, доказващи нередност, като доводите на жалбоподателя във възражението му са бланкетно игнорирани, без да бъдат разгледани по същество, с което е опорочена процедурата по налагане на финансова корекция. Сочи се, че не е доказано нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС. Иска се отмяна на решението. Претендират се разноски.

В проведеното открито съдебно заседание жалбоподателят редовно уведомен не изпраща представител.

Ответникът по жалбата - ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, чрез процесуалния си представител – служител с юридическо образование Б., в отговор на жалбата и в позиция по същество, счита жалбата за неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София - град, след като взе предвид представените по делото доказателства и доводите на страните, намира следното:

Жалбоподателят Софийски университет „С. К. О.“ и още 3 лица са бенефициенти по Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.002-0012 –C01 /л.-256-263/ по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентан растеж“ 2014-2020, процедура за предоставяне на БФП BG05M2OP001-1.002 „Изграждане и развитие на центрове за компетентност“.

С Решение от 12.02.2019г. на ректора на СУ „Св. К.“ е поставено началото на процедура за открита обществена поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация, към Софийски университет „Св.К. О.“ по Проект № BG05M2OP001-1.002-0012 по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентан растеж“ 2014-2020.

Решението за откриване на процедурата, обявлението и документацията на обществената поръчка са приети като доказателства по делото.

В хода на процедурата е подадена една оферта от участника [фирма]. На

основание чл. 104, ал. 2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ (изм. и доп. ДВ бр. 17 от 26 февруари 2019 г.) комисията е извършила оценката на техническото и ценовото предложение на участника преди провеждане на предварителния подбор. Въз основа на извършената оценка, на основание чл. 61, т. 4 от Правилник за прилагане на Закона за обществените поръчки /ППЗОП/, комисията е преминала към разглеждане на документите, свързани с личното състояние и критериите за подбор на участника. След преглед на представените документи по чл. 39, ал. 2 от ППЗОП, комисията не е установила липса, непълнота или несъответствие на информацията, включително нередовност или фактическа грешка, или несъответствие с изискванията към личното състояние или критериите за подбор. Въз основа на горното с Решение № РД40-50/04.04.2019г. /л.457/ е класиран участник [фирма] на първо място. В резултат между СУ „Св. К.“, като възложител и [фирма], като изпълнител е сключен договор № 80.09-74/15.05.2019г. за изпълнение на поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“, по проект BG05M2OP001-1.002-0012 по ОП НОИР“./л.468-494/.

Във връзка с това следва да се има предвид, че страни в съдебното производство са органът издал административният акт и неговият адресат – СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ „С. К. О.“. Фактът, че административният договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ е сключен и с участието на горепосочените учебни заведения не обуславя правният им интерес от настоящия съдебен спор.

По повод подаден пакет отчетни документи №7/11.02.2020г. в ИСУН 2020 по проект BG05M2OP001-1.002-0012 „Устойчиво оползотворяване на био-ресурси и отпадъци от лечебни и ароматични растения за иновативни биоактивни продукти“, финансирани от ОП НОИР 2014-2020г. е извършена проверка на документи във вр. с проведената обществена поръчка с предмет: „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“, по проект BG05M2OP001-1.002-0012 по ОП НОИР“.

В резултат за констатирани нередности е издадено Писмо изх.№ 0401-11/15.04.2020г., връчено на жалбоподателя на 16.04.2020г./л.294-302/. При проверката са констатирани следните нарушения:

Нарушение №1. „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно.“

Съгласно обявлението за обществената поръчка с уникален номер в Р. 00640-2019-0003 възложителят СУ „Св. К. О.“ в критериите за подбор е задал следните изисквания за техническите и професионални възможности на участниците:

„ Участникът следва да има изпълнено строителство с предмет и обем идентични с предмета на обществената поръчка през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата като минималното изискване за този критерий е:

„ Участникът следва да има изпълнено поне едно строителство през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, което е идентично или

сходно с предмета и обема на обществената поръчка.

- под сходно с предмета на обществената поръчка се разбира СМР по реконструкция и/или основен ремонт и/или ново строителство на лаборатория и/или административна и/или друга обществена сграда. “

Следователно участниците трябва да са изпълнили поне един обект, който да е лаборатория или административна или обществена сграда.

В хода на процедурата е подадена една оферта от участника [фирма]. На основание чл. 104, ал. 2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ (изм. и доп. ДВ бр. 17 от 26 февруари 2019 г.) комисията е извършила оценката на техническото и ценовото предложение на участника преди провеждане на предварителния подбор. Въз основа на извършената оценка, на основание чл. 61, т. 4 от Правилник за прилагане на Закона за обществените поръчки /ППЗОП/, комисията е преминала към разглеждане на документите, свързани с личното състояние и критериите за подбор на участника. След преглед на представените документи по чл. 39, ал. 2 от ППЗОП, комисията не е установила липса, непълнота или несъответствие на информацията, включително нередовност или фактическа грешка, или несъответствие с изискванията към личното състояние или критериите за подбор.

В представения ЕЕДОП от участника избран за изпълнител [фирма], в Част IV: Критерии за подбор, В: Технически и професионални способности, той е декларирал, че е изпълнил 3 (три) обекта, сходни с предмета на обществената поръчка, а именно строителни работи по:

Договор № 69 от 17.05.2015 г. с предмет „Жилищна сграда и магазини, [населено място], имот № 124.07.02“; Договор № 34 от 21.06.2015 г. с предмет „Жилищна сграда и офиси, [населено място], имот № 376.003 кв. 9“; Договор № 15 от 13.04.201 г. с предмет „Магазин и жилищна сграда, [населено място], имот № 264.08.11“.

Видно от декларираното от участника строителните работи са е предмет обекти жилищни сгради, които не отговарят на поставените изисквания, а именно „лаборатория и/или административна и/или друга обществена сграда. “

Обектът е 1 група, IV категория, и съгласно чл. 137, ал. 1, т. 4, буква „б“ от ЗУТ ясно се разграничават жилищните и смесени сгради от сгради и съоръжения за обществено обслужване:

„ Чл. 137. (Изм. -ДВ, бр. 65 от 2003 г.) (1) В зависимост от характеристиките, значимостта, сложността и рисковете при експлоатацията строежите се категоризират, както следва:

4. четвърта категория:

б) жилищни и смесени сгради със средно застрояване; сгради и съоръжения за обществено обслужване с разгъната застроена площ от 1000 до 5000 кв. м ши с

капацитет от 100 до 200 места за посетители“.

Видно от документацията за обществената поръчка, комисията неправилно е установила, че не е на лице несъответствие с изискванията към критериите за подбор, като по този начин незаконосъобразно възложителят е излязъл с Решение № РД40-50/04.04.2019 г., с което е избрал за изпълнител участника [фирма], вследствие на което е сключил Договор за обществена поръчка № 80.09-74 от 15.05.2019 г., на стойност 38 361,94 лв. без ДДС или 46 034,33 лв. с ДДС.

Проверяващият орган е направил извод, че с тези си действия възложителят е допуснал нарушение на разпоредбите на чл. 61, т. 4 и т. 5 от ППЗОП /действала в хода на процедурата по процесната обществена поръчка/ и чл. 107, т. 1 от ЗОП и е определил за изпълнител участник, неотговарящ на критериите за подбор, което представлява нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно“ 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020 г.), тире първо от колона „Описание на нередността и примери“.

Изложил е мотиви, че за да е налице основание за определяне на финансова корекция, е необходимо бенефициентът (по смисъла на член 2, точка 10 от Регламент №1303/2013) да е осъществил нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент №1303/2013. От дефиницията за нередност е видно, че тя е налице когато са осъществени кумулативно три предпоставки: 1) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; 2) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на свързаното с него национално право; 3) и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Прието е, че установеното е в нарушение на чл. чл. 61, т. 4 и т. 5 от ППЗОП и чл. 107, т. 1 от ЗОП, за което следва да бъде стартирана процедура по определяне на финансова корекция.

След извършен анализ на естеството и сериозността на посочените нарушения и на основание чл. 3, ал. 1 и чл. 5, 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, Управляващият орган е предложил финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80.09-74 от 15.05.2019 г., сключен с [фирма], на стойност 38 361,94 без ДДС, или 46 034,33 лв. с

ДДС.

С Писмото е направен анализ на естеството на нарушенията. Изложено е, че по своята същност допуснатото нарушение представлява нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки. Недопустимо е възложителят да определи за изпълнител, който не отговаря на предварително заложените условия за изпълнение на обществената поръчка. Залагането на условията за участие в обществената поръчка има за цел да определи икономическите оператори, които имат възможностите и капацитета да изпълнят обществената поръчка. Определянето за изпълнител участник, който не отговаря на тези изисквания при всички положения представлява нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки.

Органа е изложил и анализ на сериозността на нарушението. В тази връзка посочва: Установеното нарушение на цитираните норми има финансово отражение, предвид законовата цел средствата от европейските фондове да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно, т.е. чрез отчитането на разход за договора за обществена поръчка, за която в процедурата по възлагането ѝ са извършени нарушения, ще се стигне до вреда на общия бюджет на Съюза.

Посочено е, че за случаите на нередности по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ, попадащи в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, законодателят е приел, че не е възможно да бъде определено количествено изражение на финансовите последици, т.е. не може да се установи размерът на реалните финансови последици върху изразходваните средства - допустимите разходи. Поради това и в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ е определил процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Това означава, че законодателят е приел наличието на възможност за вреда на бюджета на Съюза, когато са извършени визираните в Приложението към Наредбата нарушения, без да е необходимо за всяко нарушение да се установява точното количествено изражение на финансовите последици. По конкретната процедура, доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици за констатираната нередност по т. 14, тире първо от Приложението № 1 към чл. 2, ал. 1 към Наредбата е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от засегнатите от нарушението, поискани за възстановяване, допустими разходи. В настоящия случай хипотеза за намаляване на процентния показател не е възможна, тъй като проведената процедура е открита, за която процентният размер на корекция е предварително определен на 25 %.

Предвид гореизложеното, за допуснатото нарушение е предложено, че следва да бъде определена финансова корекция в размер на 25 на сто от поисканите за възстановяване допустими разходи по засегнатия Договор за обществена поръчка № 80.09-74 от 15.05.2019 г. с изпълнител [фирма], с ЕИК[ЕИК], на стойност 38 361,94 без ДДС, или 46 034,33 лв. с ДДС.

На следващо място е направена констатация и са изложени мотиви за наличието на друга нередност: Нарушение № 2 „Недостатъчна документална проследимост за

възлагането на обществената поръчка.“

С писмо изх.№ 0401-11/15.04.2020г., връчено на жалбоподателя на 16.04.2020г. е даден двуседмичен срок за възражения, относно основателността и размера на финансовата корекция. В срока даден от административния орган е постъпило възражение с изх.№ 04-07-151/28.04.2020г. от Ректора на СУ „С. К. О.“, проф. А. Г., с което са изложени подробни мотиви, досажно липсата на нарушение./л.305-322/

В резултат е издаден процесния акт- Решение № 0401-11/01.06.2020г. за определяне на финансова корекция, издадено от Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция “Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, за нарушение №1,което представлява нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно“ 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 ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. С процесното решение на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80.09-74 от 15.05.2019 г., сключен с [фирма], ЕИК[ЕИК] на стойност 38 361,94 лв. без ДДС, съответно 46 034,33 лв. с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“, по проект BG05M2OP001-1.002-0012 по ОП НОИР“. В решението са изложени същите мотиви, които са изложени и в писмото от 15.04.2020г., с което е установена нередността и е започнала процедурата.

От друга страна с Решение № 0401-11/01.06.2020г. по отношение на Нарушение № 2 „Недостатъчна документална проследимост за възлагането на обществената поръчка.“, Управляващият орган е приел възраженията на бенефициента за основателни и не е приел наличие на нередност изложена в Писмо изх.№0401-11/15.04.2020г. и съответно не е наложил финансова корекция.

В хода на съдебното производство от страна на жалбоподателя са представени, като доказателства Писмо изх.№28-282/15.07.2020г. на Камара на строителите в България, издадено от Председателя на Комисията за воденето, поддържането и ползването на Централния Професионален регистър на строителя; Писмо изх.№ СТ-1317-02-544/15.07.2020г. на ДНСК, с които се прави разяснения относно определянето на изпълнителя на поръчката, съобразно представените от него документи, доказващи наличието на заложените критерии, относими към доказване извършени СМР, в случая

за извършени СМР на „административна и/или друга обществена сграда.“, както и Писмо вх. № 12-00-232/05.08.2020 г. от Изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки, който съгласно правомощията си по чл. 229, ал. 1, т. 2 „б“ от ЗОП оказва методическа помощ на възложителите чрез предоставяне на разяснения по прилагане на закона, в отговор на запитване изх. № 12-00- 232/29.06.2020 г. по повод настоящия казус от жалбоподателя.

Съда кредитира представените доказателства, като обективни и относими към предмета на спора.

С оглед на изложеното настоящия състав приема 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, че подлежи на обжалване пред съд. Административният акт е връчен на жалбоподателя на 01.06.2020 г., жалбата е депозирана до АССГ, чрез изпълнителния директор на ИА Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ на 12.06.2020 г., в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е **допустима.**

Разгледана по същество, жалбата е **основателна.**

Съгласно чл.168 от АПК съдът не се ограничава само с обсъждане на основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените от страните доказателства да провери законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146, т.е. дали актът е издаден от компетентен орган, в предвидената форма и съобразно административнопроизводствените правила, съответства ли на материалноправните разпоредби и целта на закона.

По делото няма спор по фактите, спора е в тяхното тълкуване, досежно има ли наличие или не на нередност, така както е тълкувана от страна на административния орган. Представените документи от [фирма], отговарят ли на определените критерии за подбор залегнали в тръжната документация или не и от това да се налага извода критериите за подбор или техническите спецификации да са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно, в резултат на което да е налице нередност.

Оспореното решение представлява индивидуален административен акт съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕСИФ и е издадено от компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 6, т.1 от Устройствения правилник на Изпълнителна агенция „Оперативна

програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ ръководител на управляващия орган на ОП НОИР е изпълнителният ѝ директор. Видно от Заповед № РД12 – 251 от 30.10.2017 г. на министъра на образованието и науката на тази длъжност е назначен К. Г., издател и на оспорения акт. Поради това съдът намира че оспореното решение е издадено от компетентен орган.

Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция 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 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото е, че така установената процедура е била спазена. Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок и такива са депозиранни. Подаденото възражение е обсъдено, като е изразено становище на УО по всички възражения на жалбоподателя.

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

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ 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 общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за

нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят – СУ „СВ. К. О.“ участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ 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 „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 г., поради което приложима по отношение на нея е НАРЕДБА за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 6.03.2020 г./

В настоящия случай процедурата за определяне на финансова корекция е започнала с писмо от 15.04.2020 г. (л.293 и сл. т.е. при действието на Наредбата в редакцията ѝ от ДВ бр.19 в сила от 6.03.2020 г.

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

Жалбоподателя излага съображения, както пред решаващият орган, така и в жалбата пред съда, че неправилно и незаконосъобразно Ръководителя на УО

на ОП НОИР твърди и мотивира оспорения акт, че “видно от декларирания от участника строителните работи са с предмет обекти жилищни сгради, които не отговарят на поставените изисквания, а именно „Лаборатория и/или административна и/или друга обществена сграда”. Респективно с наведеното в тази връзка, че “обектът е I група. I., и съгласно чл. 137, ал. 1, т. 4, б. „б“ от ЗУТ ясно се разграничават жилищни и смесени сгради от сгради и съоръжения за обществено обслужване ”. _

В тази връзка подкрепя тезата си, че участникът [фирма] е декларирал и приложил копие на договор №69 от 17.05.2015 г. с предмет „Жилищна сграда и магазини, [населено място], имот №124.07.02”. /л.526-533/ От това ясно се вижда, че липсват доказателства да са налице смесени сгради, както твърди административния орган, защото участникът не е декларирал реализирането на СМР на жилищна сграда с магазини, а на жилищна сграда И МАГАЗИНИ. В продължение на този факт обръща внимание, че по начина, по който е формулиран предметът на договора, изпълнен от участника и представен като доказателство за опит, магазините са разположени извън сградата, но в същото УПИ и следователно от формално-правна гледна точка изпълненото строителство отговаря на критерия за подбор, поставен от възложителя. При подобна фактическа обстановка не са налице основания за отстраняване на този участник, както неправилно и напълно немотивирано се твърди в становището на УО. Затова изтъква като безпочвени и несъстоятелни твърденията, според които комисията неправилно е установила, че не е налице несъответствие с изискванията към критериите за подбор и в резултат незаконосъобразно възложителят е излязъл с Решение № РД40-50/04.04.2019 г., с което е избрал за изпълнител участника [фирма].

След преценка на доказателствата по делото съдът счита, че са основателни възраженията на жалбоподателя, че видно от публичния ЦПРС, участникът [фирма] е вписан в ЦПРС, за извършване на строежи първа група: строежи от високото строителство, прилежащата му инфраструктура, електронни съобщителни мрежи и съоръжения съгласно чл. 5, ал. 1, т. 1 от ПРВВЦПРС, т.е. за строежи от първа до непа категория съгласно чл. 5, ал. 4 от ПРВВЦПРС, (с изключение на тези по чл.5, ал.б, т. Е1.6, Т.Е4.4. и т.1.5.6), II ЧЕТВЪРТА ГРУПА: строежи от благоустройствената инфраструктура, хидротехническото строителство и опазването на околната среда съгласно чл. 5, ал. 1, г. 4 от ПРВВЦПРС, строежи от първа до пета категория съгласно чл. 5, ал. 4 от ПРВВЦПРС, ВТОРА ГРУПА: строежи от транспортната инфраструктура съгласно чл. 5, ал. 1, т. 2 от ПРВВЦПРС - строежи от първа до четвърта категория съгласно чл. 5, ал. 4 от ПРВВЦПРС, ТРЕТА ГРУПА: строежи от енергийната инфраструктура съгласно чл. 5, ал. 1, т. 3 от ПРВВЦПРС. Видно от регистрацията на участника в ЦПРС, същият многократно надвишава не само изискуемият по процедурата опит, но и има право да извършва дейности от посочената група и е извършвал такива. Сред доказателствата за опита на участника е именно посочения от него опит в процедурата, който е признат от законово определения национален орган – К. на строителите в Република България за производствен опит през последните три години, изразяващ се в

изпълнен поне един строеж или етап (част) от строеж от съответната група или комплексен опит в някоя от групите по смисъла на чл.9 от Правилник за реда за вписване и водене на централния професионален регистър на строителя и именно въз основа на този опит участника е вписан в ЦПРС. Подкрепя тезата си относно гореизложеното с доказателствата приложени към административната преписка, част от тръжната документация – съответни удостоверения /л.522-536/. В подкрепа на тези твърдения е и Писмо изх. № 00-172/15.07.2020 г. от Камара на строителите в България, ведно е отговор изх. № 28-282/15.07.2020 г. от Комисия за воденето, поддържането и ползването на централния професионален регистър на строителя и Писмо вх. № 12-00-232/05.08.2020 г. от Изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки, който съгласно правомощията си по чл. 229, ал. 1, т. 2 „б“ от ЗОП оказва методическа помощ на възложителите чрез предоставяне на разяснения по прилагане на закона, в отговор на запитване изх. № 12-00-232/29.06.2020 г. по повод настоящия казус от жалбоподателя.

Безспорно от фактите по делото се установява, че е проведена обществена поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“, като критерий за подбор е заложено изискване за „изпълнено поне едно строителство през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, което е идентично или сходно с предмета и обема на обществената поръчка“.

Както в жалбата, така и в цитираното по-горе писмо се разяснява, че под сходно с предмета на обществената поръчка се разбира СМР по реконструкция и/или основен ремонт и/или ново строителство на лаборатория и/или административна и/или друга обществена сграда.

В хода на процедурата е подадена една оферта, като участникът е декларирал изпълнени 3 (три) обекта, сходни с предмета на обществената поръчка, за което са представени доказателства, а именно: - Изпълнена жилищна сграда и магазини, [населено място], имот №124.07.02 (договор №69/2015г.); - Жилищна сграда и офиси, [населено място], имот №376.003 кв.9 (договор №34/2015г.); - Магазин и жилищна сграда, [населено място], имот №264.08.11 (договор №15/2015г.).

Видно от материалите по делото съда приема, че става дума за извършване на определен обем специализирани видове строително-монтажни работи, свързани с ремонт на три броя помещения (помещения №144-145 и помещение М6), находящи се в сградата на ФХФ, собственост на СУ „Св. К. О.“. Наименованието на самата обществена поръчка недвусмислено говори, че се касае за основен ремонт, с извършване на определени видове довършителни работи, без да се засяга носещата конструкция на сградата. Същото се явява и основание да се изисква вписване на строителя в ЦПРС за изпълнение на строежи от Първа група, 4-5 категория, съгласно Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на

строителя, което е и сторено.

В конкретния случай следва да се отчита факта, че става дума за извършени ремонтни работи на ясно обособени части от цялостната сграда и са налице всички основания да се приеме, че изпълнените от участника три обекта: -Изпълнена жилищна сграда и магазини, [населено място], имот №124.07.02 (договор №69/2015г.); - Жилищна сграда и офиси, [населено място], имот №376.003 кв.9 (договор №34/2015г.); -Магазин и жилищна сграда, [населено място], имот №264.08.11 (договор №15/2015г.), по същество включват изграждане на жилищни помещения и помещения за обществено обслужване (магазини и офиси), което позволява да се направи обоснован извод, че е налице съответствие с поставеното изискване за изпълнено строителство със сходен характер. Горното е противно на схващането на РО и изложените в тази връзка отиви в оспореното решение.

Обявеният от строителя [фирма], необходим опит, свързан с участието му в обществената поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“ съответства на наличния опит, обявен в ЦПРС, на основание на който е реализирано вписване за изпълнение на строежи от Първа група - строежи от високото строителство, което терминологично включва жилищни сгради, сгради за обществено обслужване, включително административно обслужване и промишлено строителство, и прилежащата им инфраструктура.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, възложителите нямат право да ограничават конкуренцията с условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществени поръчки и които не са съобразени с предмета, обема, стойността и сложността на поръчката. Това е гарантирано от императивните разпоредби, относими към критериите за подбор в чл. 59, ал. 1, т. 1-3 от ЗОП. Тези критерии, се явяват минимални изисквания за допустимост на участниците и чрез тях възложителят следва да установи възможностите им да изпълнят поръчката. Възложителят може да прилага само изрично изброените в ЗОП изисквания и документите за доказване на съответствието с тях. Критериите за подбор следва да са съобразени с предмета, обема, стойността и сложността на поръчката (чл. 59, ал. 2 от ЗОП).

В обявлението за откриване на поръчката, по отношение на критерия за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 1,б. „а“ от ЗОП, е посочено: „Участникът следва да има изпълнено поне едно строителство през последните 5 (пет) години, считано от датата на подаване на офертата, което е идентично или сходно с предмета и обема на обществената поръчка. Под сходно с предмета на обществената поръчка се разбира СМР по реконструкция и/или основен ремонт и/или ново строителство на лаборатория и/или административна и/или друга обществена сграда.“.

За целта, при регламентиран от специалното законодателство предмет,

какъвто е настоящият случай, критериите се определят в съответствие с относимите разпоредби, вкл. със съществуващите легални дефиниции за дейностите от предмета, когато такива са налице. В хипотезата на посочения критерий за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 1,б. „а” от ЗОП, за да не ограничи конкуренцията, възложителят следва да приеме и сходен опит, посочвайки формулирани критерии за сходство с предмета, които произтичат от специалната нормативна уредба или съответно такива от общоупотребимия смисъл на понятията.

Предметът на процесната поръчка е основен ремонт и преустройство на помещения в сграда, който нормативно е уреден в Закона за устройство на територията (ЗУТ) и Наредба № 1 от 30.07.2003 г. за номенклатурата на видовете строежи (Наредбата). Относимите разпоредби, са свързани с легални дефиниции за дейностите от предмета (основен ремонт и СМР - § 5, т. 40 и 42 от ДР на ЗУТ), видовете строежи и категоризацията им, както и номенклатурата на сградите за обществено обслужване, вкл. административни, съгласно Приложение № 2 от Наредбата („Номенклатура на сградите и съоръженията за обществено обслужване и на самостоятелните обекти за обществено обслужване в сгради”).

За изпълнението на предмета на поръчката, специалната уредба изисква определена правоспособност, обвързана със съответната категория строеж. Поради това, като критерий за подбор по чл. 60, ал. 1 от ЗОП, възложителят е поставил изискването участникът да бъде вписан в Централния професионален регистър на строителя (ЦПРС), за обекти първа група, четвърта категория или еквивалент. Съгласно Правилника за реда за вписване и водене на ЦПРС, в тази категория попадат строежите, посочени в чл. 137, ал. 1, т. 4, б. „б”, „в” и „ж” от ЗУТ, като относима към конкретния случай е хипотеза на б. „б”. В обхвата на чл. 137, ал. 1, т. 4, б. „б” от ЗУТ, попадат „жилищни и смесени сгради със средно застрояване; сгради и съоръжения за обществено обслужване с разгъната застроена площ от 1000 до 5000 кв.м или с капацитет от 100 до 200 места за посетители”. Съгласно б. „д” на същата разпоредба, четвърта категория притежават и основният ремонт, реконструкцията и вътрешното преустройство на тези сгради.

Като се вземе предвид пряката зависимост между правоспособността и изпълнението на предмета на поръчката, може да се приеме, че сградата в която ще се извършат ремонтите е идентифицирана от възложителя като четвърта категория по чл. 137, ал. 1, т. 4, б. „б” от ЗУТ и съобразно тази категория се изисква идентичен и сходен опит независимо, че в обявлението това не е посочено изрично.

От изложеното, относно критериите за определяне на категорията на строежите в специалното законодателство, изпълнените от избрания за изпълнител „жилищни сгради и магазини” и „жилищни сгради и офиси” попадат в категорията строежи по чл. 137, ал. 1, т. 4 „б” от ЗУТ и по-специално „смесени сгради със средно застрояване, сгради за обществено обслужване с

разгъната застроена площ от 1000 до 5000 кв.м или с капацитет от 100 до 200 места за посетители”. Доколкото в тази категория попада и предметът на поръчката, следва да се приеме, че е избраният за изпълнител притежава сходен опит с предмета на поръчката.

Съдът счита, че въпреки, че определеното от възложителя сходство с предмета на поръчката съдържа известна неточност спрямо нормата на чл. 137, ал. 1, т. 4 „б“ от ЗУТ по отношение на дефинирането на „обществена сграда“, тълкуването от страна на решаващият орган, че жилищните сгради с магазини или с офиси не са обществени сгради изглежда формално.

В този смисъл е и изложеното становище на Агенцията по обществени поръчки относно: Признаване на съответствието с поставения от възложителя критерий за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 1,6. „а” от Закона за обществените поръчки, дадено с Писмо вх. № 12-00-232/05.08.2020 г. от Изпълнителния директор на Агенцията по обществени поръчки, съгласно правомощията му по чл. 229, ал. 1, т. 2 „б“ от ЗОП да оказва методическа помощ на възложителите чрез предоставяне на разяснения по прилагане на закона.

В действителност нито критериите за подбор или техническите спецификации са били променени след отваряне на офертите, нито същите са приложени неправилно и следователно не е налице хипотеза на т. 14. тире първо от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за налагане 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, приета с ПМС № 57 от 28.02.2017 г. В този смисъл, не са налице нормативни основания за налагане на финансова корекция.

По отношение наличието на сочените от УО на ОП НОИР нарушения, изразяващи се в определяне за изпълнител участник, неотговарящ на критериите за подбор и в случай, че са извършени такива - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ съдът отчита изследването в оспорения акт, но не намира причинна връзка, тъй като не е налице извършено нарушение и съответно настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. В настоящия случай съда счита, че не е налице нередност, обосноваваща налагането на финансова корекция.

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение е незаконосъобразно. Издадено е от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, но неправилно е приложен материалният закон и решението не е в съответствие с целта му, поради което жалбата следва да бъде уважена, а

оспореното решение отменено.

Жалбоподателя претендира разноски по делото, поради което и ответника следва да му заплати сумата от 200 лева, на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК вр. чл. 37 от ЗПП вр. чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ и с оглед правната и фактическа сложност на делото.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 60-и състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ „С. К. О.“, представляван от Ректора на университета Решение № 0401-11/01.06.2020г. за определяне на финансова корекция, издадено от Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция “Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и ръководител на управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по Договор № 80.09-74 от 15.05.2019 г., сключен с [фирма], ЕИК[ЕИК] на стойност 38 361,94 лв. без ДДС, съответно 46 034,33 лв. с ДДС в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Основен ремонт на помещения, находящи се във Факултета по химия и фармация към Софийски университет „Св. К. О.“, по проект BG05M2OP001-1.002-0012 по ОП НОИР“.

ОСЪЖДА Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ да заплати на СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ „С. К. О.“ разноски по делото в размер на 200 (двеста) лева.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: