

РЕШЕНИЕ

№ 4930

гр. София, 19.07.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 44 състав,
в публично заседание на 27.06.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Мария Владимирова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **1629** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ) (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.), вр. чл. 145 от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на Изпълнителна агенция „Морска администрация“, ЕИК -[ЕИК], подадена чрез изпълнителния директор – к.д.п. инж. В. Т. И., срещу Решение № РД-02-14-141/01.02.2023 г. на Ръководителя на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество ИНТЕРРЕГ-V-A Румъния- България 2014-2020 г., с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на допустимите разходи /допустими разходи без собствен принос на бенефициера – 954 902,26 лева с ДДС/ по договор № ДОГ-64/22.12.2020 г., сключен с изпълнител „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ ДЗЗД.

В жалбата се твърди, че решението е издадено в противоречие с материалноправни разпоредби. Твърди се, че националният орган превратно е тълкувал разпоредбата на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП относно забраната за отправяне на покана само до един участник в процедурата. Сочи се, че в цитираната хипотеза законодателят е допуснал ограничаване на принципа на публичност, тъй като този принцип е бил надлежно спазен при първоначалното обявяване на обществената поръчка, но не се е стигнало до избор на изпълнител. Отбелязва се, че както в националното, така и в правото на ЕС липсва изрична законова забрана за отправяне на покана за провеждане на преговори само с едно лице, като извършването на такъв вид действия от възложител

не водят до нарушение нито на националното право, нито на правото на ЕС. Излагат се и конкретни съображения и за липса на нарушение на чл. 107, т. и чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП. С оглед изложеното моли съда да отмени оспореното решение като неправилно и незаконосъобразно. Претендира се присъждане на сторените по делото разноски.

Ответникът - Ръководителят на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество ИНТЕРРЕГ-V-A Румъния - България 2014-2020 г., редовно призован, не се явява, не се представлява. На 20.03.2023 г. по делото е депозирано писмено становище от юрк. И. с изложени доводи относно неоснователността на жалбата, претенция за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, както и възражение за прекомерност на претендираното адвокатско възнаграждение от ИА „Морска администрация“.

Софийска градска прокуратура – редовно призована, не взема становище по жалбата.

Административен съд – София град, Трето отделение, 44 състав, като се запозна с доводите на страните и доказателствата в административната преписка и след служебна проверка на оспореното решение съобразно разпоредбата на чл. 168, ал. 1 от АПК, намира за установено от фактическа страна следното:

На 26.10.2018 г. е сключен административен договор между ИА „Морска администрация /бенефициер/ и МРРБ с № РД-02-29-407 за предоставяне на национално съфинансиране по Програма за трансгранично сътрудничество ИНТЕРРЕГ V-A Румъния – България 2014-2020 г. по проект ROBG 522 „Повишаване на транспортната безопасност в общия българо-румънски участък на река Д., чрез подобряване реакция при бедствени ситуации посредством трансгранично сътрудничество” („Improvement of the transport safety in the common Bulgarian-Romanian stretch of the Danube river through development of the emergency response by cross-border cooperation“). Общият размер на бюджета по проекта е 5699612,87 евро. Общият размер на допустимите разходи на партньора ИА „Морска администрация“ е 3053726,94 евро, от които 2595667,89 евро от ЕФРР, 396953,98 евро – национално финансиране и 61105,07 евро – собствен принос. Видно от чл. 9, ал. 2 от договора е, че срокът за изпълнение на проекта е 36 месеца.

На 09.09.2020 г. с Решение № 3-162 от 09.09.2020 г. /л. 234-237/, бенефициерът е открил обществена поръчка чрез открита процедура по реда на чл. 73, ал. 1 от ЗОП с предмет „Доставка чрез покупка на многофункционални несамоходни плавателни съдове /баржи/ за провеждане на аварийно- спасителни дейности на река Д.“ с две обособени позиции: Обособена позиция № 1: „Доставка на несамоходен плавателен съд /баржа/ с пристанище на домуване Русе”; Обособена позиция № 2: „Доставка на несамоходен плавателен съд /баржа/ с пристанище на домуване Л.”.

На 03.11.2020 г. с Решение № 3-216 /л. 176 гр. – 179/ бенефициерът, на основание чл. 22, ал. 1, т. 8 и ал. 5 и чл. 110, ал. 1, т. 2 от ЗОП, е прекратил откритата процедура по ОП 1 и ОП 2, поради обстоятелството, че в определения срок за подаване на оферти са подадени две оферти, по една за всяка от позициите, но същите са неподходящи, тъй като са подадени от участник /ДЗЗД „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“/, който не отговаря на поставените критерии за подбор.

На 19.11.2020 г. с Решение № 3-228 /л. 173-176/ бенефициерът отправя Покана до ДЗЗД „Триест – Ремонтстрой“ за участие в процедура – договаряне без предварително обявление по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП във вр. чл. 64, ал. 3 от ППЗОП за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка чрез покупка на многофункционални несамоходни плавателни съдове /баржи/ за провеждане на

аварийно-спасителни дейности на река Д.“ с две обособени позиции: Обособена позиция № 1: „Доставка на несамоходен плавателен съд /баржа/ с пристанище на домуване Русе”; Обособена позиция № 2: „Доставка на несамоходен плавателен съд /баржа/ с пристанище на домуване Л.”.

На 22.12.2020 г. ИА „Морска администрация“ сключва договор с № ДОГ-64/22.12.2020 г. /л. 151 гр. – 159/ на стойност 812 000 лв. без ДДС (974 400,00 лв. с ДДС) с ДЗЗД „Триест - Ремонтстрой” за доставка на несамоходен плавателен съд /баржа/ с пристанище на домуване Русе.

По делото е представена докладна записка от Б. Т. /л. 135-137/, държавен експерт в отдел "Законодателство и нередности", до Д. Г. – директор на дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ относно съмнение за нередност по проект ROBG 522 „Повишаване на транспортната безопасност в общия българо-румънски участък на река Д., чрез подобряване реакция при бедствени ситуации посредством трансгранично сътрудничество”(„Improvement of the transport safety in the common Bulgarian-Romanian stretch of the Danube river through development of the emergency response by cross-border cooperation“), а именно констатирано нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 във вр. чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП, както и на чл. 116, ал. 1, т. 5 ЗОП-незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка.

На 17.01.2023 г. ръководителят на Националния орган уведомява ИА „Морска администрация“ за установените нередности и предстоящо определяне на финансова корекция /л. 118-134/. В писмото е направено фактическо описание и правен анализ на следните нарушения:

1. Въведени ограничителни условия за изпълнение на поръчката – чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 ЗОП;
2. Незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка - чл. 116, ал. 5, т. 2 във вр. с ал. 1, т. 7 ЗОП;
3. Избор на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор – чл. 107, т.1 и чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП.

Първото нарушение е квалифицирано като такова по т. 11, б. "г" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности - случаите, при които основанията за отстраняване, критериите за подбор и/или критериите за възлагане, или условията за изпълнение на поръчката са довели до ситуация, при която само един кандидат/участник би могъл да представи оферта и това не може да бъде обосновано от спецификата на конкретната поръчка, за което е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи.

Второто нарушение е квалифицирано като такова по т. 23 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, за което е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи.

Трето нарушение е квалифицирано като такова по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, за което е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи.

На 26.01.2023 г. бенефициерът представя възражение с вх. № 99-00-3-137 /5/ /л. 94-117/, ведно с доказателства в подкрепа на твърденията си.

На 01.02.2023 г. Ръководителят на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество ИНТЕРРЕГ-V-A Румъния- България 2014-2020 г. постановява решение с № РД-02-14-141, с което, на основание чл. 73, ал. 1 и чл. 70, ал. 1, т. 9, във връзка с § 5, т. 4 и § 70 от ДР на ЗУСЕФСУ /загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022

г., в сила от 01.07.2022 г./ и § 1, т. 2 от ДР на 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 (Наредба за посочване на нередности), на ИА „Морска администрация“ определя финансова корекция в размер на 25% от стойността на допустимите разходи /допустими разходи без собствен принос на бенефициера – 954 902,26 лева с ДДС/ по договор № ДОГ-64/22.12.2020 г. сключен с изпълнител „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ ДЗЗД.

В решението са изложени мотиви, че са установени следните нарушения от страна на бенефициера:

1. Относно избора на процедурата - Въведени ограничителни условия за изпълнение на поръчката-чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 и ал. 2 от ЗОП, което е квалифицирано като такова по т. 11, б. "г" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности.

2. Избор на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор – чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП, квалифицирано като такова по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности.

На основание чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности е определена една финансова корекция за всички нарушения.

По отношение на констатираното в уведомлението за съмнение за нередност нарушение и първоначално потвърдено от НО като такова касаещо незаконосъобразно изменение на договора за обществена поръчка, след анализ на направените от бенефициера възражения и приложените към него документи, НО приема същите за основателни и не потвърждава констатацията си за наличие на нередност.

Видно от приложената по делото заповед № РД-02-14-789/17.08.2022 г. /л. 64, 65/ министърът на регионалното развитие и благоустройството е възложил на Д. Г., изпълняваща длъжността зам. министър на МРРБ, да ръководи и организира дейността на УО по програмите за трансгранично сътрудничество да ръководи и организира дейността на националния партниращ орган по Програмата ИНТЕРРЕГ V –А –Румъния –България 2014-2020 г.

Решението е получено на 01.02.2023 г. /л. 93/.

При така установената фактическа обстановка съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена в законоустановения 14-дневен срок за обжалване, съобразно чл. 149, ал. 1 от АПК, от активно легитимирана страна-адресат на акта, при наличието на правен интерес от търсената защита срещу годеен за обжалване административен акт, пред компетентния съд, поради което е процесуално допустима. Разгледна по същество жалбата е основателна.

Основанията за оспорване на административните актове са посочени в чл. 146 от АПК – липса на компетентност, неспазване на установената форма, съществено нарушение на административнопроизводствените правила, противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

Със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) (ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на

ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (по арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Ето защо за настоящото съдебно производство, доколкото същото е с предмет административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ по програма от програмен период 2014-2020 г., се прилагат действащите до посоченото изменение на закона и относимите към него подзаконовни нормативни актове. 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 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г. Предмет на оспорване е Решение във връзка с проект ROVG 522 „Повишаване на транспортната безопасност в общия българо-румънски участък на река Д., чрез подобряване реакция при бедствени ситуации посредством трансгранично сътрудничество” („Improvement of the transport safety in the common Bulgarian-Romanian stretch of the Danube river through development of the emergency response by cross-border cooperation“), издадено от Ръководителя на НО, с което на ИА „Морска администрация“ е наложена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи по договор № ДОГ-64/22.12.2020 г., сключен с изпълнител „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ ДЗЗД.

В чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Видно от представената по делото Заповед № РД-02-14-789/17.08.2022 г. /л. 64-65/ Министърът на регионалното развитие и благоустройството, като ръководител на министерството, на основание чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията и чл. 29, ал. 1 и ал. 2 от Устройствения правилник на МРРБ, е делегирал своите правомощия на друго лице – Д. Г., изпълняваща длъжността зам. министър на регионалното развитие и благоустройството, да изпълнява функциите на Национален орган по програмата "ИНТЕРРЕГ V – А Румъния-България 2014-2020". С цитираната заповед на зам. министъра са делегирани правомощията на ръководител на НО по отношение на издаваните актове по ЗУСЕФСУ. Правомощието на министъра на регионалното развитие и благоустройството да делегира своите права произтича от общото му законово регламентирано право да осъществява държавната политика в областта на регионалното развитие и благоустройството и в частност да провежда държавната политика за регионално развитие и европейско териториално сътрудничество, включващо и осъществяване на функции като национален орган по съответните транснационални програми, вкл. по програма ИНТЕРРЕГ Румъния– България

2014-2020 г. В заповедта на министъра на регионалното развитие и благоустройството изрично са посочени функциите и правомощията на Националния орган, включващи ръководството и организацията на дейността на програмата, включително и да издава всички актове по ЗУСЕФСУ.

От изложеното следва, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, в кръга на неговите правомощия, съобразно разпоредбата на чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

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. В настоящия случай, установената от закона писмена форма е спазена, а оспореният акт е мотивиран, като са посочени както фактическите, така и правните основания за неговото издаване. Същият съдържа изискуемите от нормата на чл. 59, ал. 2 от АПК реквизити.

В производството по издаване на акта не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. В съответствие с принципа на правната сигурност законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕФСУ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай, тя е започнала по сигнал регистриран в Министерството на регионалното развитие и благоустройството.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция, ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото безспорно се установява, че на жалбоподателя е била дадена такава възможност и същият е упражнил правото си да направи възражения. Същите са подробно обсъдени в процесния акт.

По приложението на материалния закон съдът намира за установено следното:

Основанията за определяне на финансова корекция са нормативно установени в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, като в конкретния случай от ръководителя на УО се сочи наличието на основанието по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ – 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. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, нередностите по ал. 1, т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ е 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 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г., изм. и доп., бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила

от 23.08.2019 г. /Наредбата/.

Изцяло в тежест на ответника е да установи наличието на правните основания за постановяването на финансовата мярка по обжалваното решение по силата на чл. 170 от АПК.

Финансовата корекция се определя като отмяна на всичкия или част от публичния принос за дадена операция или оперативна програма - чл. 143, ал. 2 от Регламент 1303/2013 г. Посочената корекция се налага едва след като е констатирана от управляващия орган нередност. Съгласно разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския съюз и на Съвета легалното определение за нередност 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. "

Видно от съдържанието на нормата на чл. 2(36) от Регламент 1303/2013 г., същата изисква наличието на три предпоставки, които следва да бъдат осъществени и доказани, за да е налице нередност. Първата предпоставка е нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба. Втората е това нарушение да произтича от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове. Третата предпоставка е нарушението да има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход.

В случая по делото не се спори, че жалбоподателят е икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове. Спорни по делото са наличието на другите две предпоставки.

Претендираното от страна на административния орган /АО/ нарушение на националното право е свързано с нарушаване на основните принципи заложиени в ЗОП. Прието е, че макар основанието по чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП в случая да е приложено формално законосъобразно, е налице нередност във връзка с откриването на процедурата по посочения ред, а именно:

АО установява, че към датата на отправяне на поканата за участие в договарянето - 19.11.2020 г. участникът „Триест Ремонтстрой“ ДЗЗД не е бил регистриран в Регистър БУЛСТАТ. Такава е извършена едва на 09.12.2020 г., т. е. след приключването на процедурата на договаряне. Гражданското дружество не притежава правосубектност, макар да е допустим участник в процедура по реда на ЗОП. Прието е, че към датата на отправяне на поканата информацията относно наименованието на обединението, кои са неговите съдружници, кой е представляващ обединението, какъв е адресът за кореспонденция, не е била достъпна в публичен регистър. Направен е извод, че бенефициерът е бил информиран за съществуването на договорното обединение единствено поради участието му в предходната прекратена открита по вид процедура. Към датата на отправяне на поканата за участие обаче не е било ясно дали изобщо договорното обединение все още съществува по волята на съдружниците, доколкото същото следва да се счита

прекратено, съгласно условията предвидени в договора за неговото създаване, който е представен на възложителя в хода на откритата процедура. От договора за учредяване на ДЗЗД, сключен на 09.10.2020 г., АО установява, че съдружниците в обединението са обединили усилията и възможностите си за съвместно участие конкретно в предходната открита процедура, като в договора изрично е посочено Решение № 3-162/09.09.2020 г., с което е открита предходната процедура.

Констатирано е също така, че съобразно чл. 10, ал. 1 от Договора от 09.10.2020 г. дружеството се прекратява при изпълнение на целите, за които е създадено, освен ако съдружниците единодушно решат да продължат дейността.

Според НО целта на дружеството е участие в обществената поръчка, открита с Решение N 3-162/09.09.2020 г. и съответно с прекратяването на тази обществена поръчка целта на дружеството следва да се счита изпълнена, т.е. дружеството прекратено. Евентуалното наличие на съгласие на съдружниците да обединят отново усилията си за участие и в друга обществена поръчка (независимо дали със същия предмет или с друг) е обстоятелство, което няма как да е било известно на бенефициера. В този смисъл, според АО бенефициерът е следвало да отправи покани до всеки съдружник - страна по договора за обединение, без да предпоставя изначално с отправяне на поканата формата на участие-съвместно или поотделно.

Наред с това АО е подчертал, че за участието си във втората процедура - на договаряне, участникът е представил друг договор за създаване на обединение, макар и с идентично съдържание, в който не е посочена изрична дата на неговото сключване, но доколкото подписът на единия от съдружниците е електронен е видно, че договорът е подписан от страна на единия съдружник на 26.10.2020 г., т.е. след крайния срок за подаване на офертите по откритата процедура, който е бил 12.10.2020 г., но преди прекратяването на откритата процедура и преди отправянето на покана за участие в последващата процедура на договаряне. В този договор обаче отново е цитирано само Решение № 3-162/09.09.2020 г., с което е открита първата процедура, т.е. не е наличен в досието по поръчката договор за обединение (гражданско дружество), от който да е видно, че съдружниците се договарят да участват съвместно в процедурата на договаряне, открита с Решение № 3-228/19.11.2020 г. на изпълнителния директор на ИАМА.

Ръководителят на НО е приел, че бенефициерът е отправил поканата за договаряне до несъществуващ в правния мир субект, който освен това е бил отстранен в предходно проведената процедура поради неустановяване съответствие с критериите за подбор. Поканата е отправена до обединението, а не до неговите съдружници поотделно, които дори не са посочени поименно в поканата като членове на обединението. С отправянето на покана за участие в договарянето единствено до конкретно предполагаемо обединение по реда на ЗЗД - участник по предходна открита процедура, бенефициерът е предоставил повторна възможност за възлагане на поръчката на участник, който не е доказал съответствие с критериите за подбор. Изведен е извод, че с посочените действия необосновано е ограничена конкуренцията, като заинтересовани лица, отговарящи на критериите за подбор и с опит в

предмета на поръчката, са били лишени от възможност за участие в повторно проведената процедура на договаряне.

НО е посочил в решението си, че макар основанието по чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП в случая да е приложено формално законосъобразно, е налице нередност във връзка с откриването на процедурата по посочения ред. Отправяйки покана само до един икономически оператор и то конкретно избрания, бенефициерът на практика е заложил такива условия за изпълнение на поръчката, които са довели до ситуация, при която само един участник би могъл да представи оферта и това не се обосновава от спецификата на конкретната поръчка, поради което е довело до незаконосъобразно ограничаване на конкуренцията.

От друга страна НО е посочил, че в случая не се установява да е направен такъв анализ, няма данни за направено проучване на пазара и няма никакви мотиви за избора именно на този икономически оператор, който, отново следва да се подчертае, не е успял да установи, че отговаря на поставените от възложителя критерии за подбор в предходно проведената открита процедура, а освен това представлява и особен субект, за когото към датата на отправяне на поканата дори и липсва сигурност изобщо за съществуването му като субект, имащ право да вземе участие в процедурата. Същевременно НО приема, че съгласно разпоредбата на чл. 79, ал. 6 ЗОП, с решението за откриване на процедурата, възложителят мотивира приложимото основание, но в настоящото решение липсват мотиви, защо е избрано изпращането на покана именно и единствено до този икономически оператор. В този смисъл според НО бенефициерът е допуснал нарушение на основните принципи, при които се възлагат обществените поръчки, а именно принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция и публичност и прозрачност.

АО е отхвърлил възраженията на ИАМА свързани с тълкуването на разпоредбите на чл. 5 и чл. 10 от договора за обединение, сключен на 09.10.2020 г. Посочил е, че целта, за която са се обединили съдружниците не е общо участие в обществени поръчки, а участие в конкретна обществена поръчка - тази, открита с Решение № 3-162/09.09.2020 г. Позовал се е на разпоредбата на чл. 363, ал. 1, б. „а“ от ЗЗД, съгласно която дружеството се прекратява с постигане целта на дружеството или ако постигането ѝ е станало невъзможно. Очевидно е обаче, че в настоящия случай целта, за която е създадено дружеството, а именно участието в обществена поръчка, открита с Решение № 3-162/09.09.2020 г. на изпълнителния директор на ИАМА, е станала невъзможна за постигане в момента, в който решението за прекратяването на процедурата – от 03.11.2020 г. е влязло в сила. НО е приел за ирелевантен аргументът, изтъкнат от бенефициера, че двете поръчки представляват неразривно цяло, тъй като този аргумент не може да касае волята на съдружниците в дружеството по ЗЗД. Последните не могат да знаят дали след прекратяването на процедурата същата ще бъде обявена отново, нито по какъв ред ще бъде обявена тя, нито могат да знаят дали възложителят ще променя условията по поръчката или няма. Тези обстоятелства стоят изцяло извън волята на съдружниците и правно необосновано е да се твърди, че при първоначалното

създаване на обединението същите са имали воля да участват в евентуални последващи процедури, обявени от същия възложител. Според НО цитираният от бенефициера чл. 5 от договора е в противоречие с чл. 1 от договора, където е посочена конкретната цел, както и с чл. 10 от договора, респективно с чл. 363, ал. 1, б. „а“ от ЗЗД.

Жалбоподателят възразява относно обосноваването от НО изводи, като поддържа, че отправянето на покана до същия субект - ДЗЗД, се основава най-вече на желанието на възложителя да се придържа към параметрите на прекратена открита процедура, с оглед създаване на максимални гаранции за заноносъобразното провеждане на последващата процедура на договаряне по чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, за която е отбелязано, че следва да се разглежда в единство с прекратената открита, послужила като основание за нейното откриване.

Твърди се, че е налице превратно тълкуване от страна на НО на чл. 10 от договора за създаване на дружеството по ЗЗД – дружеството се прекратява при изпълнение на целите, за които е създадено, освен ако съдружниците единодушно решат да продължат дейността, респективно за относимостта на чл. 5 от същия договор, срод който дружеството се създава безсрочно.

Относно първото твърдяно нарушение съдът съобрази следното:

Правният спор се свежда до това дали проведената процедура по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 от ЗОП с един поканен участник противоречи на разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 от ЗОП.

Разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1, т. 2 и т.4 от ЗОП въвеждат императивното правило обществените поръчки да 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: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 4. публичност и прозрачност.

Видовете процедури, чрез които възложителят може да възлага обществена поръчка са регламентирани в чл. 18, ал. 1 ЗОП, като за приложимостта на всяка от тях са установени нормативни изисквания. Разпоредбата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП допуска провеждането на процедура на договаряне без предварително обявление, в случаите когато при открита или ограничена процедура не са подадени оферти или заявления за участие или всички подадени оферти или заявления за участие са неподходящи и първоначално обявените условия на поръчката не са съществено променени. Процедурата на договаряне без предварително обявление в максимална степен ограничава приложимостта на принципите на закона, тъй като допуска сключването на договор без изискуемата по принцип публичност на поръчката, която е гаранция за свободна конкуренция и с оглед на това за постигане на целта на закона. По делото е безспорно, че бенефициерът е провел открита обществена поръчка със същия предмет като процесната, която е била прекратена на основание чл. 108, т. 4 във вр. с чл. 110, ал. 1, т. 2 ЗОП. Процесната обществена поръчка не съдържа съществени изменения на първоначално обявените условия. Следователно предпоставките за провеждане на процедура на договаряне без предварително обявление, са

налице. Спорен по делото е бил въпросът нарушил ли е бенефициерът принципите на закона, като е отправил покана за договаряне само до един икономически оператор.

Законодателят в чл. 64, ал. 1 ППЗОП не е определил предварително и императивно броя на лицата, до които се изпраща поканата за договаряне без предварително обявление, а е използвал множественото число на думата "лицата". Това означава, че с оглед на конкретното основание и обстоятелства по съответната обществена поръчка възложителят следва да прецени дали поканата трябва да бъде изпратена до един или до повече икономически оператори. В същия смисъл е и разпоредбата на чл. 18, ал. 7 ЗОП, която при процедурите на договаряне по ал. 1, т. 8 - 10 и 13 предвижда възможност за провеждане на преговори "с едно или повече точно определени лица".

За да се прецени какви са границите на оперативната самостоятелност на възложителя в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, при така предоставената му възможност за договаряне с едно или повече точно определени лица, е необходимо да се установи целта, с която законодателят е създал разпоредбата и с оглед на това какво гарантира нейната законосъобразност.

Разпоредбата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП допуска ограничаване на принципа на публичност, тъй като този принцип е бил надлежно спазен при първоначалното обявяване на обществената поръчка, но очевидно не се е стигнало до избор на изпълнител. В случая липсата на участник, който да изпълни обществената поръчка, не е резултат на действията на възложителя, а на обективни факти, стоящи вън от неговата сфера на правно въздействие, при която той не би могъл да осъществи поръчката по друг начин, т. е. да задоволи съответния публичен интерес.

Преценката за нарушаване на границите на оперативната самостоятелност на възложителя в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, а чрез това и на принципите на равнопоставеност и свободна конкуренция, не може да бъде обусловена от факта дали предметът на поръчката може или не може принципно да бъде изпълнен и от други икономически оператори, защото в тази хипотеза законодателят е приел принципът на свободната конкуренция да не бъде спазен в обема, в който се спазва при откритите или ограничените процедури.

Ако в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, на базата на потенциалната възможност предметът на поръчката да може да бъде изпълнен и от други икономически оператори, се преценява спазването на принципа на свободната конкуренция, във всеки един момент би могло да се констатира нарушаването му, когато възложителят е поканил например само двама от потенциалните двеста икономически оператори, които могат да изпълнят поръчката. Такава правна несигурност – липса на нормативно установени изисквания и/или критерии, законодателят нито изрично, нито имплицитно дефинира или допуска, защото е преценил, че съществуващите изключителни обстоятелства ограничават функциите на публичността – да бъдат уведомени потенциалните икономически оператори и техните конкуренти за обществената поръчка. Не съществува също нито изрично, нито имплицитно задължение на възложителя да обосновава защо отправя покана само до един и то точно избрания икономически оператор. Ако законодателят считаше,

че за гарантиране на принципите на закона в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП е необходимо възложителят да отправи покана до повече от един икономически оператор той би го регламентирал изрично. В противен случай дерогацията на чл. 79, ал. 1 ЗОП се явява лишена от логика. Релевантното за законосъобразното провеждане на процедурата при условията на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП е спазването на предпоставките, при които тя може да се проведе. В случая, предпоставките, при които може да се проведе процедурата по чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП са били налице, като поканата само до един икономически оператор е отправена след провеждане на открита процедура по реда на ЗОП. Съдът на Европейския съюз е имал възможността да се произнесе по идентичните разпоредби от дял V "Възлагане на обществени поръчки" от Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 на Съвета от 25 юни 2002 година относно Финансовия регламент, приложим за общия бюджет на Европейските общности, отменен с Регламент № 966/2012, които съдържат регламентация на процедурата на договаряне без предварително обявление. Във връзка с разпоредбата на член 91 от Регламент № 1605/2002 и член 126 от Регламент (ЕО, Евратом) № 2342/2002 на Комисията от 23 декември 2002 година относно определянето на подробни правила за прилагането на Регламент (ЕО, Евратом) № 1605/2002 на Съвета относно Финансовия регламент, приложим към общия бюджет на Европейските общности (Регламент № 2342/2002), регламентиращи тази процедура, Съдът на Европейския съюз, по повод на обществена поръчка, извършена от възложител на Съюза, е приел, че в рамките на процедура по договаряне без предварително обявление за поръчка възложителят "може свободно да избере предприятие или предприятия, с което/които желае да преговаря" – решение от 8 май 2007 г., Citymo, T-271/04, EU: T: 2007: 128, т. 94. В същото решение – т. 111, Съдът е приел, че "в рамките на процедурата по договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка след проучване на пазара, каквато законосъобразно е приложена в конкретния случай, възложителят разполага с много широко право на преценка да откаже да сключи договора и следователно да прекрати започналите за това преговори" (приложимо *mutatis mutandis*).

В рамките на процедура на договаряне без предварително обявление възлагащият орган може да покани само един икономически оператор, когато тази процедура възпроизвежда без съществени изменения първоначалните условия на поръчката, посочени в предходна открита процедура, която е била прекратена, тъй като единствената подадена оферта е била неподходяща, и въпреки че предметът на съответната поръчка не се отличава със специфики, които обективно да налагат изпълнението ѝ да бъде възложено само на този оператор - решение от 16.06.2022 г. по дело C-376/2021 г. на СЕС.

Наред с това, с оглед на разпоредбата на чл. 79, ал. 7 ЗОП, възложителят, който реши да използва процедурата по чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, трябва задължително да издаде решение за откриване на процедурата, т. е. решение по смисъла на чл. 22, ал. 1, т. 1 ЗОП, което с оглед на чл. 36, ал. 1, т. 1 ЗОП се публикува в Регистъра на обществените поръчки. Публикуването в регистъра гарантира публичност, а решението по чл. 22, ал. 1, т. 1 ЗОП, с оглед на чл. 22, ал. 1, т. 1 във вр. с ал. 9 ЗОП е индивидуален административен акт и

подлежи на съдебен контрол. Това значи, че дори и в хипотезата на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП е осигурена в значителна степен публичност на процедурата, чрез която се гарантира защитата на интересите на конкурентните икономически оператори и с оглед на това на принципа на свободната конкуренция.

Видно от горното, преценката за законосъобразност на процедурата по чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП се ограничава до преценката за наличието на предпоставките за нейното провеждане, като потенциалната възможност предметът на обществената поръчка да може да бъде изпълнен и от други икономически оператори сам по себе си не е факт, който доказва нарушение на принципите на закона и в частност на този на свободната конкуренция, тъй като в тази хипотеза законодателят е приел възможността този принцип да не бъде спазен в обема, в който се спазва при други процедури, с цел да се постигне целения чрез обществената поръчка резултат – задоволяването на съответния публичен интерес.

В този смисъл, като е отправил покана до един икономически оператор, възложителят не е нарушил материалния закон. Ето защо не могат да бъдат споделени изводите на ответника за липса на мотиви относно избора на конкретния икономически оператор, а и при коментирания по-горе оперативна самостоятелност на възложителя, поначало е спорно изискването за излагане на такива мотиви.

В тази връзка необоснован е и изводът на АО, че бенефициерът е допуснал нарушение на основните принципи, при които се възлагат обществените поръчки, а именно принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция и публичност и прозрачност.

Ирелевантен е аргументът на АО за допуснатото нарушение на чл. 79, ал.1, т.1 ЗОП обоснован с твърдението, че процедурата е била насочена към участник – ДЗЗД, който субект не е съществувал в правния мир, след като АО изрично е приел, че са формално изпълнени представките за прилагане на цитираната разпоредба. В оспореното решение е изтъкнато в тази насока следното:

Предходната процедура със същия предмет, открита с Решение № 3-162/09.09.2020 г. на възложителя, е прекратена на основание чл. 110, ал. 1, т. 2 от ЗОП, в т.ч. и за Обособена позиция № 1 „Доставка на несамоходен плавателен съд /баржа/ с пристанище на домуване Р.“, поради това, че единствената подадена оферта е от участник, който не е успял да удостовери съответствие с поставените изисквания като критерии за подбор. При проверка на това обстоятелство, действително се установява, че участникът, подал единствената оферта за Обособена позиция № 1 не е успял да удостовери, че отговаря на заложените изисквания към икономическото и финансовото състояние и в частност реализиран специфичен оборот в изискуемия от възложителя размер.

На следващо място, условията по прекратената обособена позиция са идентични на тези по проверяваната процедура на договаряне, както по отношение на критериите за подбор, на методиката за оценка и техническите спецификации, така и по отношение на прогнозната стойност. Не се установява наличие на ограничителни или дискриминационни изисквания нито в прекратената обособена позиция, нито в процедурата на договаряне, с оглед на което, не е била ограничена възможността на заинтересованите лица

да участват в прекратената процедура. Както се приема в т. 67 от цитираното решение на СЕС, предходната открита и последващата процедура на договаряне без предварително обявление представляват неразривно цяло, поради което потенциално заинтересованите от тази поръчка икономически оператори са имали възможност да вземат участие и да се конкурират.

По отношение на прогнозната стойност на процедурата на договаряне няма данни за определянето ѝ чрез пазарни консултации. Независимо от това, доколкото прогнозната стойност на проверяваната процедура на договаряне е идентична на стойността на прекратената предходна процедура в частта и по Обособена позиция № 1, следва да се приеме, че същата не е непазарна и не е необосновано завишена. Видно от сключения договор е също, че предложението на избрания изпълнител е по-ниско, макар и с малко като стойност, от обявената прогнозна стойност на поръчката. Стойността на сключения договор е 812 000,00 лева без ДДС при прогнозна стойност, посочена в поканата за договаряне (а също и в предходната открита процедура), в размер на 816 295,00 лв. без ДДС.

Във връзка с конкретно избрания участник ДЗЗД „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ с код по БУЛСТАТ –[ЕИК] следва да се посочи, че нормата на чл. 10 ЗОП изрично предвижда, че кандидат или участник в процедура за възлагане на обществена поръчка може да бъде всяко българско или чуждестранно физическо или юридическо лице или техни обединения, както и всяко друго образувание, което има право да изпълнява строителство, доставки или услуги съгласно законодателството на държавата, в която то е установено. Възложителите нямат право да изискват обединенията да имат определена правна форма, за да участват при възлагането на поръчка, но могат да поставят условие за създаване на юридическо лице, когато участникът, определен за изпълнител, е обединение на физически и/или юридически лица, ако това е необходимо за изпълнение на поръчката. Необходимостта от създаване на юридическо лице се обосновава изрично в решението за откриване на процедурата. От друга страна ал. 3 на чл. 10 ЗОП въвежда изрично забрана, че кандидат или участник не може да бъде отстранен от процедура за възлагане на обществена поръчка на основание на неговия статут или на правната му форма, когато той или участниците в обединението имат право да предоставят съответната услуга, доставка или строителство в държавата членка, в която са установени.

В конкретния случай ДЗЗД „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ е създадено на основание чл. 357 и следващи от ЗЗД. За възникването на неперсонифицирано дружество по ЗЗД, каквото е в случая е ДЗЗД „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“, не се изисква форма, респективно регистрация, а то възниква в правния мир с постигането на съгласие между съдружниците в него за обединяване усилията им за постигане на обща стопанска цел. ДЗЗД е създадено с договор за учредяване на обединение по смисъла на чл. 357 и сл. ЗЗД от дата 09.10.2020 г. между „ТРИЕСТ 5“ ЕООД и „ХИМРЕМОНТСТРОЙ“ АД. Както се посочи по-горе по Закона за обществените поръчки, кандидати и участници в процедури за възлагане на обществени поръчки могат да бъдат неперсонифицирани обединения на физически и/или юридически лица като гражданското дружество по чл. 357 от ЗЗД и консорциумът по чл. 275 от ТЗ

като договорно обединение между търговци за осъществяване на определена дейност, което е организирано под формата на гражданско дружество. Характерно за тези обединения е, че те възникват с договора за учредяване и не подлежат на регистрация по Търговския закон.

По отношение на твърдението на АО, че към датата на отправяне на поканата за участие в договарянето /19.11.2020 г./, че участникът ДЗЗД „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ не е бил регистриран в Регистър БУЛСТАТ /същата извършена на 09.12.2020 г./, настоящият състав счита, че регистрацията в регистър БУЛСТАТ не е определящо за възникването на правосубектността на участника ДЗЗД „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ и не го прави негоден участник. Представянето на документ за регистрация по БУЛСТАТ не е свързано с доказването на икономически или технически възможности на участника, т.е. с критериите за подбор, съответствието с които се преценява винаги към датата на отваряне на офертите и доказването им посредством нововъзникнал факт е недопустимо. В този смисъл, извършената регистрация по Булстат на дата последваща датата на отправяне на поканата за участие в договарянето, не може да се приеме за основание за отстраняване на участника от процедурата, още повече да се твърди, че същият не е съществувал в правния мир.

Като краен извод констатираните от ръководителя на УО на ОПРР обстоятелства не могат да бъдат квалифицирани като нарушение на чл. 79, ал.1 , т. 1 ЗОП, съответно не съставляват нередност по смисъла чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, респ. на т. 11, буква „г“ от Наредбата за посочване на нередности.

По второто нарушение - Избор на изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор – чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП, квалифицирано като такова по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, съдът съобрази следното:

Според НО предходната открита и последващата процедура на договаряне без предварително обявление представляват неразривно цяло, поради което е съобразена в цялост фактологията по провеждането на двете процедури и относно офертата на участника в частта и за съответствие със заложените от възложителя критерии за подбор.

Установено е, че критериите за подбор в двете процедури са идентични, като конкретно в частта относно изискванията към икономическото и финансовото състояние на участниците, спрямо която се констатира нередност, възложителят е заложил следното: Участникът следва да има реализиран оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база последните три приключили финансови години (2017 г., 2018 г. и 2019 г.) в зависимост от датата на която е създаден или е започнал дейността, като конкретно за Обособена позиция № 1 изискуемият размер е 817 000,00 лева.

В хода на провеждане на откритата процедура НО констатира, че в първоначално представените от участника ЕЕДОП (за обединението и за единия от двамата съдружника в обединението - Триест 5“ ЕООД) е деклариран общ, вместо специфичен (конкретен) оборот, попадащ в обхвата на поръчката, както следва: за 2017 г. - оборот: 270 836 лв.; за 2018 г. - оборот: 262 257 лв.; за 2019 г. - оборот: 285 582 лв.

В допълнително представените от участника документи, в частност нов ЕЕДОП на обединението, същият е посочил отново гореописаните суми, но този път и като общ оборот, и като специфичен такъв, като сумите са идентични, т.е. участникът е декларирал един и същ размер и като общ оборот и като специфичен. Това изрично констатирано и от оценителната комисия, видно от Протокол № 2 от работата ѝ. В тази връзка комисията е предприела действия за извършване на служебна проверка в Търговския регистър за публикувани годишни финансови отчети на дружеството „Триест 5“ ЕООД, като е установила, че към този момент в ТР няма публикувани ГФО, въз основа на който да се установи, дали така декларираният в ЕЕДОП оборот съвпада с общия оборот по ГФО или се различава от него. Въз основа на тези данни оценителната комисия е приела, че участникът не и не следва да бъде допуснат до разглеждане на подадената от него оферта. На база на това заключение участникът е отстранен от процедурата и последната е прекратена поради липса на други оферти.

В проведената процедура по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП възложителят е изпратил поканата за договаряне до същия икономически оператор, подал единствената оферта в първата процедура.

От представените ЕЕДОП (за обединението и съдружника „Триест 5“ ЕООД) за участие във втората процедура - на договаряне, участникът е декларирал специфичен (конкретен) оборот, както следва:

година: 2017 - оборот: 270 836 лв.

година: 2018 - оборот: 262 257 лв.

година 2019 - оборот: 285 582 лв.

Така НО, след като е извършил анализ на представените от участника и в двете процедури ЕЕДОП, е заключил, че и в хода на втората процедура, проведена по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, участникът отново не е удостоверил съответствието си с критериите за подбор. В тази връзка е отбелязано, че към документите за сключване на договор е представена единствено справка за оборота, попадащ в сферата на поръчката, която справка, макар и допустима от закона като документ за доказване на обстоятелствата, в случая не може да се яви годно доказателство за удостоверяване на съответствието с критериите за подбор при наличие на така установената още по време на откритата процедура неяснота какъв точно оборот е деклариран от участника - общ или специфичен и при положение, че при втората процедура се декларират същите суми. Представената справка на практика има същата правна стойност като самият ЕЕДОП доколкото има изцяло декларативен характер и не се подкрепя от нито един допълнителен документ по досието на поръчката.

Ето защо е констатирано нарушение на чл. 107, т. 1 и чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

В хода на административното производство бенефициерът е депозирал възражение, в което, като аргумент в подкрепа на твърденията си за недоказаност на горепосоченото нарушение, сочи представена от изпълнителя преди сключването на договора справка за специфичен оборот, която е изрично допустима като доказателство от закона.

Тези обстоятелства не се отричат от НО, но същите според него не са

достатъчни, за да обосноват законосъобразен избор на изпълнител. При така описаната фактология според НО по двете проведени поръчки, на практика представената справка за специфичния оборот не може да има характер на доказателство по смисъла на чл. 62 от ЗОП.

Настоящият състав намира за основателна жалбата и в тази част:

Съгласно чл. 107, т. 1 от ЗОП, освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществената поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията.

В случая страните не спорят, че като критерий за подбор възложителят е въвел изискване относно икономическото и финансово състояние на участниците, а именно: участникът следва да има реализиран оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база последните три приключили финансови години /2017 г., 2018 г. и 2019 г./ в зависимост от датата, на която е създаден или е започнал дейността, като конкретно за Обособена позиция № 1 изискуемият размер е 817 000 лева.

Видно от представените ЕЕДОП (за обединението и съдружника „Триест 5“ ЕООД) за участие във втората процедура проведена по реда на чл. 79, ал. 1, т. 1 ЗОП, участникът е декларирал специфичен (конкретен) оборот, както следва: година: 2017 - оборот: 270 836 лв.; година: 2018 - оборот: 262 257 лв.; година 2019 - оборот: 285 582 лв., т.е. същият отговаря на въведения от възложителя критерий за подбор касаещ икономическото и финансово състояние на участника в процедурата. Съдът не споделя аргументите на НО, че доколкото в три различни ЕЕДОП /представени в предходната и последвалата процедура по чл. 79, ал. 1, т.1 ЗОП/ участникът декларира едни и същи суми и като общ оборот, и като специфичен оборот, и доколкото именно във връзка с така заявения оборот вече веднъж оценителната комисия е взела решение да отстрани участника поради невъзможност за установяване какъв точно оборот е деклариран, комисията е следвало да приложи единен подход, вкл. при невъзможност за служебна проверка на декларираните обстоятелства да се възползва от правото си по чл. 67, ал. 3 от ЗОП да изисква представяне на всички или част от документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното възлагане на поръчката.

Това, че е била налична предходна процедура не задължава комисията да извършва съпоставка на декларираните в ЕЕДОП данни по предходна поръчка. Това е нейно правомощие, което същата извършва в условията на оперативна самостоятелност. В тази връзка съдът намира, че в случая от страна на жалбоподателя не е допуснато нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП. Липсата на нарушение води и до липса на основание за налагане на финансовата корекция, тъй като липсва нередност.

Съдът намира за недоказано и твърдяното от НО нарушение на чл. 112, ал.1, т. 2 ЗОП. Цитираната норма предвижда, че възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител: представи документи по чл. 58, удостоверяващи липсата на основанията за

отстраняване от процедурата, както и документи за съответствието с поставените критерии за подбор, включително за третите лица и подизпълнителите, ако има такива. Същевременно в нормата на чл. 62, ал. 1, т. 4 ЗОП изрично е предвидено, че за доказване на икономическото и финансовото състояние на кандидатите се представя справка за общия оборот и/или за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката.

Както се посочи по-горе, като критерий за подбор в проведената процедура по чл. 79, ал.1, т.1 ЗОП възложителят е въвел изискване относно икономическото и финансово състояние на участниците, а именно: участникът следва да има реализиран оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база последните три приключили финансови години /2017 г., 2018 г. и 2019 г./ в зависимост от датата, на която е създаден или е започнал дейността, като конкретно за Обособена позиция № 1 изискуемият размер е 817 000 лева.

В случая от ДЗЗД „ТРИЕСТ – Ремонтстрой“ с придружително писмо вх. № 2265/22.12.2020 г., в отговор на получената от възложителя покана за сключване на договор /л. 107 гр. и 108/ е представена справка за специфичен оборот.

От същата е видно, че изпълнителят има оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, както следва: за 2017 г. – 270 836 лв., за 2018 г. – 262 257 лв. и за 2019 г. – 285 582 лв., или общо 818 675 лв.

В тази връзка настоящият състав намира за незаконосъобразни изводите на НО, че възложителят е избрал изпълнител, който не е удостоверил, че отговаря на заложените критерии за икономическо и финансово състояние. Напротив при сключването на договора от страна на изпълнителя е представена справка за специфичен оборот /т.е. справка за оборота в сферата, попадаща в обхвата на поръчката/, който документ е нормативно регламентиран в чл. 62, ал.1, т. 4 ЗОП за доказване на икономическото и финансово състояние на изпълнителя.

От друга страна НО неправилно е приел, че нарушението на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП съставлява нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, за което е предвидена финансова корекция в размер на 25 % от стойността на допустимите разходи.

Констатираните от органа обстоятелства, които според същия сочат на незаконосъобразно сключване на договор с изпълнител, който не отговаря на критериите за подбор, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, тъй като не изпълват предвидените в същата предпоставки. Действително т. 14 касае нарушения, свързани с критериите за подбор, но в тази точка става въпрос за неправилно приложение на критериите за подбор на етапа на определяне на изпълнител, т.е. на по-ранен етап от етапа на сключване на договора. Ако участникът, избран за изпълнител, не изпълни изискванията на чл. 112, ал. 1 ЗОП, възложителят не сключва договор и може да измени решението за определяне на изпълнител и с мотивирано решение да определи за изпълнител втория по ред класиран участник. Така дори определеният изпълнител да не удостовери съответствие с критериите за подбор,

процедурата не се връща на етап проверка за допустимост и отстраняване. Следователно в административния акт е посочено правно основание, което не е годно да обоснове наличието на твърдяната от административния орган нередност. Липсата на годно правно основание не дава възможност на съда да извърши цялостна проверка за законосъобразност на административния акт. Съдът може само да провери дали фактите, установени по делото, съответстват на юридическите факти, визирани в хипотезата на сочената от органа правна норма. Административният орган е следвало да подведе своите фактически установявания под хипотезата на съответната им правна норма, като се мотивира. Като не е сторил това, органът е постановил незаконосъобразен акт.

По изложените съображения съдът намира, че обжалваното решение е незаконосъобразно, като постановено в противоречие с материалноправните разпоредби, поради което следва да бъде отменено.

С оглед изхода на спора в полза на жалбоподателя следва да бъдат присъдени сторените по делото разноски в общ размер на 1900 лв., от които 1700 лв. – държавна такса и 200 лв. – юрисконсултско възнаграждение, определено на чл. 78, ал. 8 ГПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. второ от АПК, Административен съд – София град, Трето отделение, 44 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение № РД-02-14-141/01.02.2023 г. на Ръководителя на Националния орган на програмата за трансгранично сътрудничество ИНТЕРРЕГ-V-A Румъния- България 2014-2020 г., с което на Изпълнителна агенция „Морска администрация“, ЕИК –[ЕИК], е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на допустимите разходи /допустими разходи без собствен принос на бенефициера – 954 902,26 лева с ДДС/ по договор № ДОГ-64/22.12.2020 г., сключен с изпълнител „ТРИЕСТ – РЕМОНТСТРОЙ“ ДЗЗД.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Изпълнителна агенция „Морска администрация“, ЕИК –[ЕИК], сумата от 1900 /хиляда и деветстотин/ лева – разноски по делото.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: