

РЕШЕНИЕ

№ 20077

гр. София, 15.10.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 18.09.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Емилия Митова и при участието на прокурора Цветослав Вергов, като разгледа дело номер **4857** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Министерство на здравеопазването против Решение № РД-02-14-513/19.04.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР), с което е приключено производството по администриране на сигнал за нередност № 2432, регистриран в Регистъра за сигнали и нередности на ГД „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройство на Република България, за извършена нередност във връзка с проведена обществена поръчка по ЗОП от [община] с предмет: „Избор на изпълнител на СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на част от първи етаж на „МБАЛ-Д.“, в УПИ I, кв. 68 по ПУП на [населено място], обл. С.“, съгласно Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-9.001-0002. Релевира се, че обжалваното решение е неправилно, незаконосъобразно, издадено в противоречие с материалния закон, по-конкретно в противоречие с изискванията 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 ЗУСЕФСУ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. /наричана за по- кратко НАРЕДБАТА/, както и издадено в противоречие с

изискванията на ЗОП, при липсата на необходимата обосновка за издаването на индивидуален административен акт /ИАА/ и при съществени нарушения на производствените правила. Възражава се срещу немотивираните констатации на УО, че Бенефициентът е нарушил конкретните разпоредби на ЗОП, сключвайки договор с участник, който не отговаря на изискванията на възложителя. Поддържа се, че Възложителят е сключил договора с участник, който отговаря на изискванията за възложените дейности. Оспорват се по отношение и на трите нередности изводите на УО относно неспазване на принципите по чл. 2 от ЗОП. Изложени са подробни аргументи относно всяка от твърдените нередности. Претендира се отмяна оспорвания акт и присъждане на разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата и моли съда да я уважи по съображения подробно развити в писмени бележки. Твърди се наличие на допуснато съществено нарушение, а именно правното основание за издаване на решението не кореспондира с мотивите на акта, тъй като в него е посочено, че е издадено на основание чл.70, ал.1, т.3 ЗУСЕФСУ, визиращо нарушаване на принципите на доброто финансово управление, а никъде в акта не се говори за подобно нарушение. Освен това не били обсъдени възраженията на жалбоподателя. Претендира разноски, съгласно списък.

Ответникът- Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014– 2020 г. /ОПРР/, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. Допълнителни аргументи развива в писмени бележки.

Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за основателност на жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.- град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе, съобрази следното от фактическа страна:

На основание чл.45, ал.2 ЗУСЕФСУ във връзка с постъпило проектно предложение в ИСУН 2020 с № BG16RFOP001-9.001-0002 „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“, одобрено от Ръководителя на Управляващия орган на ОПРР 2014-2020 г., е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, процедура на директно предоставяне № BG16RFOP001-9.001 „Мерки за справяне с пандемията“ № от ИСУН 2020- BG16RFOP001-9.001-0002- С01 № РД-02-37-6/20.05.2022 г., между Министерство на регионалното развитие и благоустройството като УО на ОП „РР“ 2014 – 2020 г., представлявано от Ръководителя на УО, и жалбоподателя Министерство на здравеопазването /БЕНЕФИЦИЕНТ/, по силата на който РУО предоставя на БЕНЕФИЦИЕНТА БФП /100%/ в максимален размер до 97791 432 лв. по ОПРР 2014-2020г., приоритетна ос 9 „Подкрепа за здравната система за справяне с кризи“.

Във връзка с горното, с Решение № ОП-10 от 02-септември-2022 г. от [община], в качеството на Възложител е открита процедура по възлагане на обществена поръчка публично състезание по ЗОП, с предмет: „Избор на изпълнител на СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на част от първи етаж на „МБАЛ-Д.“, в УПИ I, кв. 68 по ПУП на [населено място], обл. С.“, финансирана със средства по АДФП № BG16RFOP001-9.001-0002.

В резултат на проведена процедура е сключен Договор №Д-444/31.10.2022 г. между [община] /Възложител/ и „ЛИМ СТРОЙ 90“ ЕООД /Изпълнител/, на основание чл.194 ЗОП, вр. чл.112 от ЗОП и въз основа на утвърден протокол от Кмета на [община] за определяне на изпълнител по обява за възлагане на обществена поръчка и с предмет: „Избор на изпълнител на СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на част от първи етаж на „МБАЛ-Д.“, в УПИ I, кв. 68 по ПУП на [населено място], обл. С.“. Съгласно чл.1 от Договора, Възложителят възлага на Изпълнителя, в съответствие с подадената оферта, техническата спецификация, остойностени количествени сметки и в съответствие с изискванията на Възложителя, ЗУТ и свързаните с него подзаконовни нормативни актове да изпълни СМР, съгласно обявата за възлагане на обществена поръчка, Техническото и ценово предложение, неразделна част от договора. Стойност на договора- 250 964.75 с ДДС; средства от ЕСИФ- 134 493.54 с ДДС.

На 24.04.2024 г. е постъпило Уведомление за нередност №2071/24.04.2024 г. във връзка с Договор № РД-02-14-513/19.04.2024 г. с изпълнител „ЛИМ СТРОЙ 90“ ЕООД.

Във връзка с регистриран сигнал за нередност № 2432 е извършена проверка от УО на ОП „РР“ по реда на чл. 69 и сл. от ЗУСЕФСУ. В хода на производството на жалбоподателя като бенефициер на помощта е изпратено писмо чрез ИСУН /л.48 и сл./, с което се уведомява за открито производство по администриране на нередност във връзка с горепосочения сигнал. В същото е описана установената фактическа обстановка, формираните въз основа на нея изводи за наличие на нарушения при провеждане на процедурата, представляващи нередност. Посочен е размерът на съответстващата на същите финансова корекция, която предстои да бъде определена – 25 %. Указано е на жалбоподателя, че може да представи обяснения и възражения в двуседмичен срок. Същото е изпратено чрез ИСУН на 28.03.2024 г. и отворено на същата дата.

Постъпило е в администрацията на ответника възражение вх. № 99-00-6-114/11.04.2024 г. от бенефициента, с което се оспорват констатациите в уведомлението за открита процедура по сигнал за нередност /л.40 и сл./. Същите са приети от административния орган за неоснователни.

С обжалваното в настоящото производство Решение № РД-02-14-513/19.04.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР), на основание чл.73, ал.1, вр. чл.69, ал.1 от ЗУСЕФСУ, чл.70, ал.1, т.3 от ЗУСЕФСУ, както и чл.143, параграф 2 и чл.2, параграф 36 от Регламент /ЕС/ №1303/2013 и след разгледан сигнал за нередност с регистрационен номер №2432, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности, е постановено:

Приключва сигнал № 2432, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности в Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройството на Република България, във връзка с установени нарушения при възлагане на обществена поръчка публично състезание по ЗОП, с предмет: „Избор на изпълнител на СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на част от първи етаж на „МБАЛ-Д.“, в УПИ I, кв. 68 по ПУП на [населено място], обл. С.“, финансирана със средства по АДФП № BG16RFOP001-9.001-0002. Поръчката е открита с Решение № ОП-10 от 02-септември-2022 г. Сигналът със съмнение за нередност се приключва с:

1. Установяване на нередност на бенефициента – Министерство на здравеопазването, по:

- по т. 11, б. „а“ „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.“, от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. – за всяко от нарушенията по т. 1, т. 2.1 и т. 2.2. от настоящото решение;

- т. 16, б. „а“ от Раздел II към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г. - „Недостатъчна документална проследимост (одитна пътека) за възлагането на обществената поръчка.“ – за нарушенията по т. 3 от настоящото решение.

2. Установяване на извършени нарушения, допуснати от бенефициента – Министерство на здравеопазването, както следва:

- чл. 48, ал. 2 ЗОП и чл. 2, ал. 2, вр. ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП – за нарушението по т. 1.;

- чл. 63, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП – за всяко от нарушенията по т. 2.1. и т. 2.2.;

- чл. 121 от ЗОП във вр. с чл. 98, ал. 1, т. 7 от ППЗОП и чл. 112, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 64, ал.1, т. 6 от ЗОП – за нарушението по т. 3.

3. Определяне на финансова корекция на бенефициента– Министерство на здравеопазването, изчислена по пропорционален подход, в размер на 33 623,39 лв. с ДДС, представляваща 25% от безвъзмездната финансова помощ по договор № Д-444 от 31.10.2022 г. с изпълнител ЛИМ СТРОЙ 90 ЕООД, [населено място], която следва да не се верифицира при процедуриране на последващи искания за плащане.

По делото са приобщени писмените доказателства, част от административната преписка по издаване на оспорваното решение на ръководителя на УО по ОП „РР“.

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

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес– адресат на акта, който е утежняващ и подлежи на съдебен контрол съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, поради което същата е процесуално допустима.

По основателността на жалбата:

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения:

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

Във връзка с приложимите правни норми следва да се уточни следното:

Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение

(ЗИД) на ЗУСЕСИФ, обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: „Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление“.

Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на 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. Текстът на § 71, ал.1 предвижда в срок до 6 месеца от влизането в сила на ЗИД на ЗУСЕСИФ Министерският съвет и министърът на финансите да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕФСУ. Според нормата на ал. 2 от с.з. приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмен период 2014 – 2020 г. Нормите на ЗУСЕФСУ, приложими в настоящото съдебно производство, са в относимата редакция на закона към момента на издаване на административния акт – ДВ. бр.102 от 23 декември 2022 г, на основание чл. 142, ал. 1 от АПК.

Съгласно 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. второ от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган или оправомощено от него лице.

В случая оспорваното решение е издадено от министъра на регионалното развитие и благоустройството. Съгласно чл. 5, ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на МРРБ министърът организира, координира и контролира дейността на управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007- 2013 г. и на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014- 2020 г., съгласува и определя състава на Комитета за наблюдение на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014- 2020 г. и Тематичната работна група за разработване на Оперативна програма „Развитие на регионите“ 2021- 2027 г. На основание чл. 28, ал. 1, т. 2 от същия Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014- 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове. Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ е в администрацията на министъра на РРБ, който е ръководител на същата, следователно и ръководител на УО на ОП.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма– чл. 59, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна са посочени фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, както по отношение на основанието, така и по отношение на размера на финансовата корекция.

Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на

корекцията. В чл. 73, ал. 3 ЗУСЕФСУ е предвидено, че решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е спазено. Представени са възражения от страна на жалбоподателя, които са обсъдени от органа. С оглед изложеното съдът намира, че административният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона писмена форма.

Съгласно чл. 143, пар. 2 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, Държавите-членки извършват необходимите финансови корекции във връзка с отделните или системни нередности, установени в операциите или в оперативните програми. Финансовите корекции се изразяват в отмяната на всички или на част от публичния принос за дадена операция или оперативна програма. Държавите-членки вземат предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете или за ЕФМДР и прилага пропорционална корекция. Финансовите корекции се вписват в счетоводните отчети от управляващия орган за счетоводната година, през която е взето решението за отмяна.

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.

Разпоредбата на 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 Министерство на здравеопазването, работи - участва като бенефициер 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.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушаване на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект– т.нар. икономически оператор/ и 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. Наличието на нарушение не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административния орган е с оглед на чл. 170, ал. 1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициера по проведената обществена поръчка.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размерът при прилагане на пропорционалния метод и налице ли са пречки за настъпване на разпоредените последици.

1. Ограничителни технически спецификации- нарушение по чл. 48, ал. 2 ЗОП и чл. 2, ал. 2, вр. ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП.

Установено е, че като част от документацията по обществената поръчка Възложителят е одобрил Техническа спецификация и количествени сметки по съответните проектни части. За част "ВиК" е поставил изискване за съответствие на предлаганите материали с конкретни стандарти за качество съгласно системата БДС EN, както следва: "Избраните продукти за канализационна система трябва да отговарят на следните стандарти: БДС EN 1451-1; БДС EN 12056-1,2; БДС EN 13501-1; БДС EN 1366-3; БДС EN 14366; БДС EN 1277."

Ръководителят на УО е констатирал, че Възложителят не е предвидил възможността участниците да предложат еквивалент на посочените стандарти, съставляващо нарушение на чл. 48, ал. 2 от ЗОП, съгласно който всяко посочване на стандарт, спецификация, техническа оценка, техническо одобрение или технически еталон по ал. 1, т. 2 следва да е допълнено с думите „или еквивалентно/и". Според РУО с това,

Възложителят необосновано е ограничил възможността за участие на лица, които могат да осигурят изпълнението на поръчката с еквивалентни стандарти в нарушение на чл. 48, ал. 2 от ЗОП във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 от ЗОП. Нарушението е съществено поради потенциален финансов ефект.

Съгласно разпоредбата на чл.2, ал.1 от ЗОП обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 3. пропорционалност; 4. публичност и прозрачност.

Нормата на чл. 2, ал. 2 ЗОП съдържа забрана при възлагането на обществени поръчки възложителите да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Съгласно чл.48, ал.2 ЗОП (Изм. – ДВ, бр. 86 от 2018 г., в сила от 1.03.2019 г.) Всяко посочване на стандарт, спецификация, техническа оценка или техническо одобрение по ал. 1, т. 2 следва да е допълнено с думите "или еквивалентно/и". Според ал.1, т.2 на чл.48 ЗОП Възложителят определя техническите спецификации съобразно изискванията на приложимите нормативни актове в съответната област, чрез посочване в следния ред на: а) български стандарти, които въвеждат европейски стандарти; б) европейски технически оценки; в) общи технически спецификации; г) международни стандарти; д) други стандартизационни документи, установени от европейски органи по стандартизация, или когато няма такива– чрез български стандарти, български технически одобрения или български технически спецификации, отнасящи се до проектирането, метода на изчисление и изпълнение на строителството, както и до използването на стоките.

Според новелата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП, техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

В § 2, т. 54 от ДР ЗОП са посочени "Технически спецификации": а) при обществени поръчки за строителство– всички технически предписания,

които се съдържат, по-специално, в документацията за обществената поръчка, определящи изискваните характеристики на материалите, стоките или консумативите, така че да отговарят на предвидената от възложителя употреба; тези характеристики трябва да включват ниво на изпълнение спрямо изискванията за опазване на околната среда и климата, проектиране, което да отговаря на всички изисквания (включително достъп за хора с увреждания) и оценяване на съответствието, работни характеристики, безопасност или размери, включително процедурите относно осигуряването на качеството, терминология, символи, изпитване и методи на изпитване, опаковане, маркиране и етикетирание, инструкции за употреба и производствени процеси и методи на всеки етап от жизнения цикъл на строителните работи; характеристиките включват и правила за проектиране и ценообразуване, условия за изпитване, инспекция и приемане на строителство и методи или технологии на строителство, както и всички други технически условия, които възложителят може да наложи съгласно общи или специални нормативни актове по отношение на завършено строителство и материалите или частите, включени в него.

Несъмнено, законодателят е предоставил възможност на възложителя свободно да определя условията и изискванията към кандидатите, които смята, че ще му гарантират точно изпълнение на поръчката при съобразяване спецификата на нейния предмет и неговите потребности, но при зачитане на основните принципи на чл. 2 ЗОП и при спазване на забраната условията или изискванията да не дават предимство на даден кандидат или необосновано да ограничават участието на лица. Следователно тази възможност не е неограничена, а напротив, обвързана е със задължение за достатъчна обоснованост на конкретно въведеното условие. При излизане извън оправданата допустимост на ограничението, въведените условия или изисквания обуславят нарушение на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Настоящият съдебен състав намира за правилен извода на административния орган за наличие на осъществено от Възложителя нарушение на чл. 48, ал. 2, във вр. с чл. 2, ал. 2, вр. ал. 1, т. 1 и т. 2 ЗОП. В случая Възложителят ограничително е поставил изискване продуктите да отговарят на точно определени стандарти, без възможност за еквивалент. Разпоредбите на чл. 48, ал. 2 и на чл. 2, ал. 2 от ЗОП са императивни и неспазването им е съществено нарушение /Решение № 437 от 15.01.2024 г. на ВАС по адм. д. № 8072/2023 г., VII о./.

В процесния казус обаче, е основателен довода на жалбоподателя, че в

оспорвания административен акт като основание за налагане на финансовата корекция е посочена разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 3 от ЗУСЕФСУ, която гласи, че финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция, за нарушаване на принципите за добро финансово управление в съответствие с изискванията на чл. 33, чл. 36, параграф 1 и чл. 61 от Регламент (ЕС) 2018/1046, каквото не е твърдяното по-горе нарушение.

Правилното отнасяне на фактическите обстоятелства към конкретната правна норма, която се твърди, че е нарушена, е условие за законосъобразност на акта, с оглед необходимостта от установяване съставомерност на нередността, която от своя страна е основание за определяне на финансова корекция. Характерът на акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ налага на първо място да бъде установена нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или свързаното с него национално законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда върху бюджета на Съюза. В случая, правното основание по чл. 70, ал. 1, т. 3 ЗУСЕФСУ, на което се е позовал органът е във връзка с финансовата подкрепа, която се оказва със средства от ЕФСУ и може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция, за нарушаване на принципите за добро финансово управление в съответствие с изискванията на чл. 33, чл. 36, параграф 1 и чл. 61 от Регламент (ЕС) 2018/1046.

Относимата в процесния случай норма на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, гласи, че 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 ЕФСУ, поради качеството на бенефициера на публичен възложител.

Излагането на фактически и правни основания, които си кореспондират, е изискване за законосъобразност на административния акт, съгласно чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК. Противоречието между изложените от органа факти и правните норми, под чиито хипотези същият счита, че фактите се субсумират, води до незаконосъобразност на акта (Решение № 6395 от 27.05.2024 г. на ВАС по адм. д № 2803/2024 г., VII о.).

Не може да се приеме, че е допусната техническа грешка, като била ясна волята на органа в обжалваното решение, така както твърди

процесуалният представител на ответника в хода по съществуващото на делото, тъй като видно от съдържанието на акта, никъде не е посочено относимото правно основание /чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ/.

По изложените съображения, не е налице фактическият състав на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 3 ЗУСЕФСУ, за която органът е определил финансова корекция. Недопустимо е съдът като арбитър по спора да дописва или да изменя фактическите и правни установявания на органа. Неговите правомощия са да осъществи контрол за законосъобразност върху акта, така както е съставен от РУО. Това, прави ненужна проверката от съда на квалифицирането на нередността, за която е определена финансова корекция по т. 11, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

По изложените съображения, обжалваното решение е незаконосъобразно в тази част.

2. Ограничителни критерии за подбор- нарушение по чл. 63, ал. 1, т. 5 във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Констатациите на Управляващия орган са, че са определени от Възложителя критерии за подбор, които не са пропорционални на предмета на поръчката:

1. Специалист по контрол на качеството.

В т. 2 от раздел Ш.1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението, Възложителят е поставил изискване, участниците да разполагат със специалист за контрол по качеството, който да е с: „професионална квалификация минимум средно специално образование, притежаващо Удостоверение за преминато обучение за контрол върху качеството на изпълнение на строителството и за контрол на съответствието на строителните продукти със съществените изисквания за безопасност или еквивалентен документ за чуждестранни лица;“.

Според органа, така установеното нормативно изискване за подходящи образование/квалификация не въвежда степенуване или диференциация на образованието (средно или средно специално или висше) и техническата им правоспособност в зависимост от придобити образователно- квалификационна степен и специалност. В относимата в областта нормативна уредба, ограничения на образованието и професионалната квалификация относно заемане на процесната длъжност. Позовавайки се на нормативната уредба, се сочи, че изискванията към потенциалните участници в процедурата и то при вписване на строителя в ЦПРС се ограничават до: да има назначено лице по контрола на качеството и приемане на строителните работи, наето по трудово правоотношение; назначеното лице да е с техническа

компетентност. Ето защо, поставеното от възложителя изискване за конкретно посочено образование– „средно специално“, необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които напр. притежават документ за завършен курс (каквото практиката е наложила) или друг вид документ, който дава възможност за изпълнение на функциите на контрол на качеството и приемане на строителните работи, но имат напр. средно образование.

2. Аналогично, при поставяне на минимални изисквания спрямо специалиста по безопасност и здраве, в т. 2 от раздел Ш.1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението, възложителят е поставил изискване, участниците да разполагат със Специалист безопасност и здраве с „професионална квалификация минимум средно специално образование, да отговаря на изискванията на чл. 5 от Наредба № 2 от 22.03.2004 г. за минималните изисквания за здравословни и безопасни условия на труд при извършване на строителни и монтажни работи, издадена от министъра на труда и социалната политика и министъра на регионалното развитие и благоустройството, обн. ДВ, бр. 37 от 4.05.2004 г., в сила от 5.11.2004 г. и да притежава валидно удостоверение за Длъжностно лице по безопасност и здраве в строителството, съгласно Наредба № РД-07-2 от 16.12.2009 г. за условията и реда за провеждането на периодично обучение и инструктаж на работниците и служителите по правилата за осигуряване на здравословни и безопасни условия на труд или еквивалентен документ за чуждестранни лица.“

Прието е в оспорвания акт, че липсва в относимата в областта нормативна уредба ограничения на образованието и професионалната квалификация относно заемане на процесната длъжност. Предвид това, поставеното от възложителя изискване за „средно специално образование“ необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които притежават документ за завършен курс или друг вид документ, който дава възможност за изпълнение на функциите по безопасност и здраве, но имат средно образование. Предметът на обществената поръчка, определен от самия Възложител в обявлението и документацията са: дейности по извършване на основен ремонт и обновяване на част от сградата на МБАЛ Д., заемаща южната част от първи етаж, на кота $\pm 0,00$. Т.е. предметът не се характеризира с някаква особена сложност при изпълнението, не се констатира никаква специфика на дейностите, изискваща по-специални знания и опит, което съответно не предполага наличие на по-високо квалифициран персонал спрямо нормативно определените изисквания в областта. Не е предвиден и особено голям обем от дейности, което се потвърждава и от индикативния срок за изпълнение на поръчката–

възложителят е определил срокът за изпълнение на СМР на обекта да е не по-голям от 120 календарни дни.

Изведен извод, че изискванията на възложителя спрямо специалиста по контрол на качеството и специалиста по безопасност и здраве са необосновано завишени – доколкото нормата допуска и други лица и с различна от изискуемата квалификация, поради което същите се явяват и ограничителни за конкуренцията. Още повече, невисоката стойност на обществената поръчка.

Съгласно чл.59, ал.2 от ЗОП Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Т.е. условието „само“ сочи на изчерпателност на критериите за подбор по закон, като ЗОП ги свежда до: 1. годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност; 2. икономическото и финансовото състояние; 3. техническите и професионалните способности. Смисълът и целта на нормата на чл. 59, ал. 2 ЗОП се потвърждава и от основната забрана въведена с чл. 2, ал. 2 ЗОП, а именно, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Кои са допустимите по закон критерии за подбор по чл. 59, ал.1 от ЗОП е изчерпателно посочено в чл. 60, чл. 61 и чл. 63 от същия нормативен акт.

Съгласно чл. 63, ал.1 ЗОП Възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника: т.5 да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, в случай че изискването не се използва като показател за оценка на офертите. Легалната дефиниция за "професионална компетентност" е дадена в § 2, т. 41 от Допълнителните разпоредби на ЗОП- наличието на знания, получени чрез образование или допълнителна квалификация, и/или на умения, усвоени в процеса на упражняване на определена длъжност или позиция в изпълнение на трудови, служебни или граждански

правоотношения.

В съответствие тълкуването дадено с решение от 31.03.2022 г. на Съда на Европейския съюз по дело C-195/21, се допуска възможността в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка възлагащият орган да наложи като критерии за подбор, свързани с техническите и професионалните способности на икономическите оператори, изисквания, които са по-стриктни от минималните изисквания, поставени от националната правна уредба, стига такива изисквания да са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка, да са свързани с предмета на поръчката и да са пропорционални на този предмет.

В случая предметът на обществената поръчка е свързан със СМР–основен ремонт и обновяване на част от първи етаж на „МБАЛ-Д.“.

Съгласно чл. 73, ал. 1 и чл. 74, ал. 1 от Закона за предучилищното и училищното образование (ЗПУО) според степента училищното образование е основно и средно, а според подготовката– общо, профилирано и професионално. Съгласно чл. 42 от Закона за висшето образование (ЗВО) системата на висшето образование организира обучение след завършено средно образование и се състои в три образователно-квалификационни степени: бакалавър– осигуряващо широкопрофилна подготовка или специализирана подготовка по професионални направления и специалности, ал. 2; магистър– осигуряващо задълбочена фундаментална подготовка, съчетана с профилиране в определена специалност, ал. 3; доктор– осигуряващо обучение по докторски програми, ал. 4.

Съдът намира, че е несъответно на нормативната уредба тълкуването на органа, че законодателството в областта на строителната дейност поставя неизчерпателно и в условията на алтернативност възможности с оглед установяване съответствието с условията за вписване в ЦПРС. В тази връзка, вписването в ЦПРС е задължително условие за осъществяване на строителна дейност само по отношение на изрично посочените в закона видове и категории строежи, като изискванията към строителя за вписване са дадени в условие на кумулативност, а не алтернативност (чл. 15, ал. 1 ЗКС). Експертът по контрол на качеството е част от технически правоспособния персонал и за него следва на общо основание да бъдат представени документи, доказващи техническата му правоспособност и квалификация – арг. чл. 15, ал. 1, т. 5 вр. ал. 1, т. 4, б. "б" ЗКС; чл. 19, ал. 3, т. 1 ПРВВЦПРС. В тази връзка следва да се посочи, че не е необходимо възложителят изрично да указва какви са функциите на

специалиста/експерта, тъй като те произтичат от предмета на поръчката и устройствените (строителни) норми – законови и наложени от добрите практики за изпълнението на този род дейност. Не само законът, но и добрите практики налагат само технически правоспособни лица да осъществяват дейността по контрол върху качеството на изпълнение на строителните работи и влаганите в строежите строителни продукти за съответствие със съществените изисквания в областта. Законът поставя определени минимални изисквания, за да се считат съответните лица за технически правоспособни в областта на строителната и устройствена дейност, съответствието с които се доказва чрез надлежни документи. В тази връзка, поставеното от възложителя изискване, като минимално, следва да гарантира съответствие на предложения от участника специалист/експерт с минималното законодателно изискване за правоспособност в областта, целящо да не се допусне извършване на съответната дейност без необходимата за това квалификация.

В случая, заложеният критерий относно професионалната квалификация "минимум средно специално образование" на посочения експерт не е непропорционален на предмета на поръчката доколкото не се касае за изискване на друга образователна степен, следователно не е необосновано ограничителен.

От изложеното следва, че не е установено соченото от УО нарушение на чл. 59, ал. 2, чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 5 и чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗОП, досежно специалиста "контрол по качеството" като елемент от фактическия състав на нередността.

Аналогични са и съображенията на съда относно на поставеното от Възложителя изискване за експерта "безопасност и здраве".

Разпоредбата на член 5, ал. 2 от Наредба № 2/2004 г. предвижда координаторите по безопасност и здраве да са правоспособни лица с квалификация, професионален опит и техническа компетентност в областта на проектирането, строителството и безопасното и здравословно изпълнение на СМР, доказани съответно с диплома, лицензи, удостоверения и др.

В тази връзка неправилни са изводите на административния орган, че поставената образователна степен необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които например притежават документ за завършен курс или друг вид документ, който дава възможност за изпълнение на функциите по безопасност и здраве, но имат средно образование доколкото Възложителят е определил само минималната образователна степен, което не изключва и представяне на удостоверение/сертификат за завършено обучение/курс.

Следователно неправилен е извода на органа за осъществено нарушение на чл. 59, ал. 2, чл. 2, ал. 2 във връзка с чл. 63, ал. 1, т. 5 и чл. 2, ал. 1, т. 2 ЗОП.

Отделно от това, са относими и гореизложените мотиви относно неналичие на фактическия състав на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 3 ЗУСЕФСУ, за която органът е определил финансова корекция.

Всичко това прави и ненужна преценката досежно квалифициране като нередност по т. 11, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

3. Липса на одитна следа- нарушение по чл. 121 от ЗОП във вр. с чл. 98, ал. 1, т. 7 от ППЗОП и чл. 112, ал. 1, т. 2 във вр. с чл. 64, ал.1, т. 6 от ЗОП.

Установено е, че съгласно раздел Ш.1.3 от обявлението и т. 2, част „Критерии за подбор“ от документацията за поръчката участниците следва да разполагат с минимум трима експерти: технически ръководител, специалист по контрол на качеството и специалист безопасност и здраве.

Възложителят е изисквал техническият ръководител и посочените експерти да притежават определена професионална компетентност, в това число професионален опит /за техническия ръководител/ при изпълнение на идентични или сходни с предмета на поръчката строежи в минимум един обект.

Минималните изисквания при подаване на офертата се доказват с деклариране на информация в ЕЕДОП.

При подписване на договора избраният изпълнител следва да представи списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, и/или на членовете на ръководния състав, които ще отговарят за изпълнението, както и документи, които доказват професионална компетентност на лицата.

При преглед на представените при подписване на договора документи е констатирано от УО, че за експертите в ЕЕДОП е посочена информация за изискуемите от възложителя образование/ квалификация и опит. При подписване на договора е представен „списък на персонала“, в който са посочени същите лица, като тези, предложени в офертата на участника. Но не са представени никакви документи, които да доказват професионална компетентност на Технически ръководител, Специалист по контрол на качеството и Специалист безопасност и здраве, съгласно декларираната в ЕЕДОП от участника информация за професионалната компетентност на тези лица. Въпреки че не са представени документи, които да доказват съответствието с критериите за подбор в частта за професионална компетентност за експертите, е сключен процесния договор с изпълнител.

Разгледани от УО са и допълнително представените от бенефициента документи: Диплома за висше образование на лицето, предложено за технически ръководител на обекта; Удостоверение за длъжностно лице по ЗБУТ– за предложения от изпълнителя специалист безопасност и здраве; Удостоверение по завършен курс по контрол на качеството– за предложения от изпълнителя специалист по контрол на качеството. Приел е, че изброените документи са относими единствено до изискуемите съгласно т. 2, раздел III.1.3) от Обявлението на поръчката образование и квалификация на посочените експерти. Изведен е извод, че установената липса на документи в досието на обществената поръчка поставя под съмнение законосъобразното възлагане изпълнението на договора на единствения класиран участник.

В чл. 121, ал. 1 ЗОП се предвижда, че възложителите създават и поддържат досие за всяка обществена поръчка с цел осигуряване на документална проследимост (одитна пътека) по отношение на всички свои действия и решения, както и на действията на комисиите за възлагане на обществени поръчки, независимо дали поръчките се възлагат с електронни средства. Съдържанието на досието е регламентирано в чл. 121, ал. 2 ЗОП и съгласно посочената разпоредба досието съдържа всички решения, обявления, документацията и други допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 - 5, описание на причините, поради които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол – и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане.

Досието за всяка обществена поръчка освен документите и информацията по чл. 121, ал. 2 ЗОП включва и: документите, представени от определения за изпълнител участник преди сключването на договора (чл. 98, ал. 1, т. 7 ППЗОП).

В съответствие с чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП възложителят сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител представи документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор, включително за третите лица и подизпълнителите,

ако има такива. Тези документи са посочени в чл. 58, ал. 1 ЗОП и по делото се установи, че преди сключване на договора за обществена поръчка участникът не е представил изискуемите от Възложителя документи.

При тези фактически установявания следва да се приеме, че е налице нарушение, но не и кореспондиращо на чл. 70, ал. 1, т. 3 ЗУСЕФСУ, за която органът е определил финансова корекция.

По изложените съображения, обжалваното решение е неправилно като постановено в нарушение на материалния закон и следва да бъде отменено.

С оглед изхода от спора и на основание чл. 143 АПК съдът следва да осъди Министерство на регионалното развитие и благоустройството – юридическото лице, в чиято структура е органът-ответник, да заплати на Министерство на здравеопазването своевременно претендираните и сторени по делото разноси, от които 268,99 лв.- държавна такса и адвокатско възнаграждение в размер на 3006 лева, който размер е под минималния предвиден в чл.8, ал.1, вр. чл.7, ал.2, т.4 от Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, поради което и с оглед фактическата и правна сложност на делото възражението за прекомерност е неоснователно.

Мотивиран от горното, Административен съд София-град, Трето отделение, 73-ти състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Министерство на здравеопазването Решение № РД-02-14-513/19.04.2024г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР), с което е приключено производството по администриране на сигнал за нередност № 2432, регистриран в Регистъра за сигнали и нередности на ГД „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“, Министерство на регионалното развитие и благоустройство на Република България, за извършена нередност във връзка с проведена обществена поръчка по ЗОП от [община] с предмет: „Избор на изпълнител на СМР на обект: „Основен ремонт и обновяване на част от първи етаж на „МБАЛ-Д.“, в УПИ I, кв. 68 по ПУП на [населено място], обл. С.“, съгласно Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP001-9.001-0002.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството, да заплати на Министерството на здравеопазването,

3274.99 лева разноси по делото.

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

Съдия: