

РЕШЕНИЕ

№ 618

гр. София, 04.02.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 17.01.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **8257** по описа за **2021** 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 структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с чл. 145 и следващите от АПК.

Образувано е по жалба на главния директор на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ /ГД ПБЗН/, ЕИК[ЕИК], представлявана от Директора гл. комисар Н. Н., с адрес: [населено място], [улица], срещу Решение от 09.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 г. /Р. на ОПОС/, с което решение, на ГД ПБЗН, в качеството му на бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16M10P002-4.001-0001-C01 /№ Д-34-26/ от 20.07.2016 г. /АДБФП/, проект: „Центрове за повишаване готовността на населението за реакция при наводнения“ е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 5% /пет процента/ от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключени договори № 1983опд-10/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 108 867,70 лв. без ДДС и № 1983опд-20/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 316 513,16 лв. без ДДС, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и на основание т.11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., за допуснато нарушение по чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП.

В жалбата са изложени твърдения, че оспореното решение е незаконосъобразно, издадено в противоречие с приложимия материален закон. Изложени са доводи, че не е нанесена вреда върху бюджета на ЕС с твърдяното в решението нарушение. Същото не е нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 ЗОП, тъй като конкуренцията не е била ограничена посредством въпросното изискване, намира, че посочването му в Условието за кандидатстване изрично-има именно значението вложено в нормата. Искането до съда е за отмяна на оспореното решение и присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание, жалбоподателят, чрез юр. В., поддържа жалбата. Претендира присъждане на юр. възнаграждение.

Ответникът, чрез юр. А., оспорва жалбата като неоснователна и иска същата да бъде оставена без уважение. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представя писмени бележки

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не взема становище, не изпраща представител.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-ГРАД след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка за законосъобразност на оспорения акт, за да се произнесе съобрази следното от фактическа и правна страна:

Жалбата е подадена от надлежна страна, с правен интерес от оспорването, в законоустановения срок и срещу подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност акт, поради което е допустима. Разгледана по същество, същата е неоснователна, въз основа на следните факти и правни съображения:

Не е спорно между страните, че жалбоподателят Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ /ГД ПБЗН/, е бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16M10P002-4.001-0001-C01 /№ Д-34-26/ от 20.07.2016 г. /АДБФП/, проект: „Центрове за повишаване готовността на населението за реакция при наводнения“. В това свое качество същия е провел обществена поръчка по реда на чл. 18, ал.1, т.1 от ЗОП, с предмет: поръчка за строителство с предмет: „Реконструкция и модернизация на център за повишаване готовността на населението за реакция при наводнение – [населено място]: Учебен център; Учебно-тренировъчен комплекс с 2 обособени позиции: ОП 1 „Реконструкция и модернизация на учебен център за повишаване готовността на населението за реакция при наводнение [населено място], [улица] и ОП 2 „Реконструкция и модернизация на учебно-тренировъчен комплекс (У.) за повишаване готовността на населението за реакция при наводнение [населено място], [улица]“.

Въз основа на сигнали за нередност № 742 и № 743, регистрирани в Регистъра на сигналите за нередности по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г. на УО на ОПОС и извършена проверка, УО е извършил последващ контрол за законосъобразност на осъщественото производство по провеждане и възлагане на обществената поръчка по ЗОП, в резултат на което с Писмо И. № 4-001-0001-2-302/23.03.2021г. по описа на ГД „ОПОС“.

Бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 4-001-0001-2-633 от 18.06.2021 г. по реда чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ за вида на констатираното нарушение при осъществения контрол за законосъобразност на обществена поръчка за строителство с предмет: „Реконструкция и модернизация на център за повишаване готовността на населението

за реакция при наводнение – [населено място]: Учебен център; Учебно-тренировъчен комплекс с 2 обособени позиции: ОП 1 „Реконструкция и модернизация на учебен център за повишаване готовността на населението за реакция при наводнение [населено място], [улица] и ОП 2 „Реконструкция и модернизация на учебно-тренировъчен комплекс (У.) за повишаване готовността на населението за реакция при наводнение [населено място], [улица]”. и сключени договори № 1983опд-10/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 108 867,70 лв. без ДДС и № 1983опд-20/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 316 513,16 лв. без ДДС, както и за предвидения размер за налагане на ФК от 5 %, като му е дадена възможност за депозиране на обяснения и възражения.

УО е посочил, че е констатирал нарушение на разпоредбите на чл. 3, ал. 3 от З. във връзка с чл. 2, ал. 1 и 2 от ЗОП. Посочено е, че: При анализа на поставените по обособени позиции №1 и №2 критерии за подбор „Годност за упражняване на професионална дейност“ се установява, че същите съдържат ограничително изискване, тъй като относно доказването на съответствието с критериите за подбор, възложителят е поставил следното условие: „При участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критерия за подбор се доказва съгласно чл. 59, ал. 6 от ЗОП. Всяко от лицата изпълняващо строителството, трябва да има съответната регистрация“.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Прието е, от УО, че: Разпоредбата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП определя, че при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението. Според нормата на чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите (З.), когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. Предвид тези констатации в Условията за участие, въведени от възложителя по ЗОП, изискването всеки член на обединението, извършващ строителство, да е регистриран в ЦПРС за определената от възложителя категория за съответната обособена позиция, необосновано ограничава възможностите за участие на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на строително монтажни дейности, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице.

УО на ОПОС е приел още, че за установеното нарушение чл. 3, ал. 3 от З. във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, следва да се наложи финансова корекция в размер на 5 % от засегнатите от нарушението разходи по сключените с изпълнителите договори за ОП 1 „Реконструкция и модернизация на учебен център за

повишаване готовността на населението за реакция при наводнение [населено място], [улица] и ОП 2 „Реконструкция и модернизация на учебно-тренировъчен комплекс (У.) за повишаване готовността на населението за реакция при наводнение [населено място], [улица]”. и сключени договори № 1983опд-10/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 108 867,70 лв. без ДДС и № 1983опд-20/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 316 513,16 лв. без ДДС, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014 – 2020г.

В срока по чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, от бенефициента Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ – МВР, е постъпило възражение рег. № 198300-4261 от 01.07.2021 г., с което се оспорва основателността и размера на предложената финансовата корекция. Възражението е обсъдено в мотивите на оспорения административен акт и е прието за неоснователно, поради което и е постановено и връчено с Писмо И. № 4-001-0001-2-633/18.06.2021 г. на жалбоподателя Решение от 19.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 г. /Р. на ОПОС/, с което решение, на ГД ПБЗН, в качеството му на бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16M10P002-4.001-0001-C01 /№ Д-34-26/ от 20.07.2016 г. /АДБФП/, проект: „Центрове за повишаване готовността на населението за реакция при наводнения“ е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 5% /пет процента/ от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключени договори № 1983опд-10/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 108 867,70 лв. без ДДС и № 1983опд-20/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 316 513,16 лв. без ДДС, на основание, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и на основание т.11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., с идентични мотиви на уведомителното писмо.

Представена и приета е Заповед № РД - 553/27.05.2021 г. на А. Л.- Министър на околната среда и водите, съгласно която, В. С. К. – Б. и.д. главен директор на главна дирекция „Оперативна програма Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите, е оправомощена по силата на делегация, да изпълнява функциите на Ръководител на управляващия орган на ОПОС, в МОСВ, в пълен обем.

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

Въз основа на установените по делото факти, съдът прави следните правни изводи:

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, Е.) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности/Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността. Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент, "нередност" означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством

извършването на неоправдан разход. Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./. Съгласно чл. 98 от Регламент 1083/2006 г. държавите-членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции. Държавата-членка извършва необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава-членка, се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата-членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете. Съгласно определението, дадено в чл. 2, т. 3 от Регламент 1083/2006 г., под "операция" следва да се разбира проект или група проекти, избрани от органа за управление на съответната оперативна програма или под негова отговорност съгласно критериите, установени от мониторинговия комитет и осъществени от един или повече бенефициери, с оглед осъществяването на целите на приоритетната ос, към която се отнася. Съгласно чл. 2, т. 7 от същия Регламент под "нередност" се разбира всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета „нередност" означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправилен разход в бюджета на Съюза. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения. Чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. изцяло преповтаря текста на цитирания по-горе чл. 98 от Регламент 1083/2006 г.

В изпълнение на приложимите норми на правото на Европейския съюз, посочени по-горе, Република България, в качеството си на държава-членка, за изпълнение на наложената и отговорност да следи за извършени нередности и да защитава бюджетните интереси на ЕС чрез анулиране на публичния принос за дадена програма спрямо конкретната операция, при и по повод на която е констатирана нередност, в

националното законодателства за регулиране на тези правоотношения са приети Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор /ЗФУКПС/, Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ и Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета с ПМС № 57/28.03.2017г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Процесното решение е издадено от компетентен орган, надлежно оправомощен, съгласно представената Заповед № РД-553/27.05.2021 г. на Министър на околната среда и водите, поради което и не се констатира пороци за отмяна на акта на това основание.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ като бенефициентът е уведомен за вида на констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на проведената обществена поръчка, като му е предоставена възможност да се запознае с констатациите на УО и в случай на несъгласие с тях да изложи възражения си, което право жалбоподателят надлежно е упражнил и възраженията му са анализирани, при постановяване на оспорения акт, като доводите му са обсъдени при издаване и формиране на волята на УО, обективизирана в процесното решение. Ето защо съдът прави извод, че не се констатира пороци за незаконосъобразност на акта на основание наличието на нарушение на установените от ЗУСЕСИФ административнопроизводствени правила. Актът е издаден в писмена форма, съдържа необходимите реквизити и мотиви, поради което не се констатира пороци, обосноваващи отмяната му на тези основания.

Спорът по делото касае материалната законосъобразност на акта, във връзка с наличието на предпоставките за нередност, по смисъла на приложимия материален закон, във връзка с констатираните от УО нарушения на националното законодателство по ЗОП, изразяващо се във въведени ограничаващи конкуренцията от възложителя критерии в условията за участие в обществената поръчка.

По материалната законосъобразност на акта, съдът намира следното:

В чл. 70, ал.1, т. 9 ЗУСЕСИФ е посочено, че финансова корекция се извършва за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Такава нередност може да бъде извършена, чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, както и на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност”. При определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност” следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1.) Доказано нарушение на разпоредба на общностното право или на националното право, произтичащо

от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В настоящия случай, се установиха предпоставките за налагане на ФК, поради нарушения на императивни норми на ЗОП.

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. В този смисъл са и Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатираните нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност, от които следва да се води

Безспорно се установява и от приложената административна преписка, че: В Раздел III, Правна икономическа, финансова и техническа информация, от обявлението, т. III, 1, Възложителят е приел в т. III, 1.1 „Условия за участие“ и е въвел критерий за подбор „Годност за упражняване на професионална дейност“ и по двете обособени позиции. По обособена позиция /ОП/ №1 - участникът трябва да притежава удостоверение за регистрация в Централен професионален регистър на строителя към Строителната камара за строежи 1 група, 1 категория, а за чуждестранни лица – в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени и/или удостоверение съгласно чл. 25а от Закона за камарата на строителите, а по обособена позиция /ОП/ №2 - участникът трябва да притежава удостоверение

за регистрация в Централен професионален регистър на строителя към Строителната камара за строежи 4 група, 1 категория, а за чуждестранни лица – в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени и/или удостоверение съгласно чл. 25а от Закона за камарата на строителите. В Забележка е посочено: 1 „При участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критерия за подбор се доказва, съгласно чл. 59, ал.6 от ЗОП. Всяко от лицата, изпълняващо строителство трябва да има съответната регистрация и застраховка.

При тези факти, УО, е приел, че доколкото съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка, въведеното изискване е ограничително.

Прието е от УО, че: Разпоредбата на чл. 59, ал. 6 от ЗОП определя, че при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението. Посочено е от УО, че съгласно чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите (З.), когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра. Предвид гореизложеното, изискването всеки член на обединението, извършващ строителство, да е регистриран в ЦПРС за определената от възложителя категория за съответната обособена позиция, необосновано ограничава възможностите за участие на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на строително монтажни дейности, заедно с лице, регистрирано по надлежния законов ред.

Това нарушение на императивни правни норми по ЗОП: нарушение по чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите във връзка с чл. 2, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, е квалифицирано от УО, като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от приложение 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета с ПМС № 57/28.03.2017г., като попада в обхвата на нарушението: *„Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по*

смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците", Буква б): "случаите, при които са приложени дискриминационни критерии /условия/ спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор".

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

Според чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

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

Предметът на поръчката е строителство. Видно от доказателствата по делото е, че в Раздел III 1. 1) от обявлението за обществената поръчка възложителят е предвидил следното условие към участниците, а именно: "Участниците трябва да бъдат вписани в Централния професионален регистър на строителя (ЦПРС) и да имат издадено удостоверение от К. на строителите (...). В случай на обединение, което не е юридическо лице, изискването се отнася до участника/участниците, които ще извършват дейностите по строителство. "

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

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

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

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

УО, е изложил мотиви за прилагане на ФК в минимален размер, по отношение на нередност по т.11, б. „б“ от Приложението, при прилагане на правилото на чл. 5 при пропорционалния метод на корекция върху разходите върху двата засегнати договора и по двете обособени позиции, сключени с изпълнителите по обществената поръчка. В конкретния случай не е възможно определяне на конкретно финансово отражение на нарушението, доколкото, по естеството си то касае нарушаване на конкуренцията, което обективно не позволява изчисляване на финансово влияние от УО. Определеният в процентно отношение размер на ФК от 5%, определен в минималния допустим размер, при съблюдаване тежестта на нарушението, е изчислен като стойност, по реда и по формулата по чл. 5, ал. 3 от Наредбата, въз основа на конкретен размер на засегнатите от нарушението договори по обособените позиции, с изпълнителите по обществената поръчка, което е правилно и законосъобразно. Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение. С оглед изхода на спора жалбоподателят следва да заплати на ответника претендираното юрисконсултско възнаграждение, което съдът, съобразно представен списък с разноски определя в размер на 150 лева.

Водим от горните съображения, Административен съд София - град, Трето

отделение, 7 състав

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“, ЕИК[ЕИК], представлявана от Директора гл. комисар Н. Н., с адрес: [населено място], [улица], срещу Решение от 09.07.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 г. /Р. на ОПОС/, с което решение, на ГД ПБЗН, в качеството му на бенефициент по АДФП № BG16M10P002-4.001-0001-C01 /№ Д-34-26/ от 20.07.2016 г., проект: „Центрове за повишаване готовността на населението за реакция при наводнения“ е определена финансова корекция /ФК/ в размер на 5% /пет процента/ от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключени договори № 1983опд-10/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 108 867,70 лв. без ДДС и № 1983опд-20/10.05.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 1 316 513,16 лв. без ДДС, като неоснователна.

ОСЪЖДА ГД ПБЗН, ЕИК[ЕИК], представлявана от Директора гл. комисар Н. Н., с адрес: [населено място], [улица], да заплати, на Министерство на околната среда и водите, в полза на Ръководителя на Управляващия орган на ОПОС, ГД „Оперативна програма Околна среда“, юрисконсултско възнаграждение в размер на 150.00 /сто и петдесет/ лева. Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: