

РЕШЕНИЕ

№ 2121

гр. София, 29.03.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 78 състав,
в публично заседание на 25.01.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Пенка Велинова

при участието на секретаря Александра Вълкова, като разгледа дело номер **9325** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от АПК, във връзка с чл. 73 от ЗУСЕФСУ.

Подадена е жалба Министерство на здравеопазването, представлявано от Министъра на здравеопазването, против решение на ръководителя на Управителния орган/УО/ на Оперативна програма „Региони в растеж“, по сигнал за нередност с регистрационен № 2243, регистриран в регистъра на сигнали и нередности.

Оспорват се фактическите основания за издаване на решението, за което се изложени подробни съображение. Оспорва се заключението за наличие ограничителен критерий за подбор. Изложени са подробни съображения, защо решението е неправилно и незаконосъобразно и се иска неговата отмяна.

Представителят на жалбоподателя поддържа жалбата, по изложените в нея съображения и претендира юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - управителния орган/УО/ на Оперативна програма „Региони в растеж“, чрез представителя си, оспорва жалбата по съображенията изложени в решението.

Софийска градска прокуратура не е встъпила в процеса.

Съдът обсъди възраженията на страните и доказателствата по делото и намери за установено следното:

Министерство на здравеопазването /МЗ/ е бенефициент по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Региони

в растеж 2014-2020“, процедура на директно предоставяне, № BG 16 RFOP001-5.001-0001 „Подкрепа за деинституционализация на грижите за деца“, № от ИСУН BG 16 RFOP001-5.001-0003-С, № РД 02-37-82-01 от 09 август 2018 година. По силата на този договор, управляващият орган на ОПРР 2014-2020 - Министерство на регионалното развитие и благоустройството предоставя на бенефициента – МЗ, безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 7 милиона лв., по която същият следва да използва по процедура BG 16 RFOP001-5.001 „Подкрепа за деинституционализацията на грижите за деца“ средства в размер на 1 974 047 лв. И резерв в размер на 869 521,87 лв.

В изпълнение на дейности по програмата Министърът на здравеопазването е одобрил документация за обществена поръчка с предмети „Избор на изпълнител за извършване на инженеринг, проектиране, строителство и авторски надзор по прекратени позиции по два проекта - проект № BG 16 RFOP001-5.001 „Изграждане на инфраструктура за предоставяне на специализирана здравно социална грижа за деца с увреждания“ и проект № BG 16 RFOP001-5.001 „Изграждане на инфраструктура за предоставяне на Специализирана здравно социална грижа за деца с увреждания 2“, по процедурата „Подкрепа за деинституционализацията на грижите за деца“, който се осъществява с финансово подкрепа на ОПРР. Обществената поръчка е разделена на три обособени позиции, съгласно чл. 46, ал. 3 от ЗОП, които включват следните обекти:

1. ОП1: Избор на изпълнител за извършване на инженеринг(проектиране, строителство и авторски надзор) – [населено място] и [населено място], включваща обекти по проект BG 16 RFOP001-5.001-003 „Изграждане на инфраструктура за предоставяне на специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания“:

1.1 Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянни медицински грижи в [населено място];

1.2. Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребности от постоянни медицински грижи в [населено място];

1.3. Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с високорисково поведение и потребност от специална здравна грижа - [населено място],

1.4. Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с високорисково поведение, с потребност от специални грижи [населено място];

2. ОП2: Избор на изпълнител за извършване на инженеринг(проектиране, строителство и авторски надзор) – [населено място] и [населено място], включваща обекти по проект BG 16 RFOP001-5.001-0054 „Изграждане на инфраструктура за предоставяне на специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания-2“:

2.1. Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянни медицински грижи в [населено място];

2.2 Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянни медицински грижи в [населено място];

3. ОП3: Избор на изпълнител за извършване на инженеринг(проектиране, строителство и авторски надзор) – [населено място] и [населено място], включваща

обекти по проект BG 16 RFOP001-5.001-0054 „Изграждане на инфраструктура за предоставяне на специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания-2“:

3.1. Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянна медицински грижи в [населено място] и

3.2. Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянна медицинска грижа в [населено място].

Като мотив за разделянето на проекта на обособени позиции са посочени следните обстоятелства: Обектите били групирани в отделни позиции, разделени са по райони с оглед функционалната им свързаност и проекта от който са част и съответно са финансирани. Предвид близкото териториално разположение на обектите, всеки потенциален участник щял да има възможност да ползва едни и същи ресурси за изпълнението на всички обекти в съответната обществена поръчка. Така например можел да ползва един бетонов възел за закупуване на материали и да ползва съответната по-голяма отстъпка, както и да се използват общи за обектите складове помещения и човешки и технически ресурс на потенциалните участници. Което щяло да доведе до по-голяма конкурентоспособност на участниците и съответно постигане от страна на възложителя на максимално съотношение между цена и качество. Освен това, решението на възложителя било наложено и от обстоятелството, че във всяка обособена позиция са налице поне два обекта от един и същи тип и към всеки тип центрове били приложими еднакви изисквания и съответно проектните решения за тези обекти можело да бъдат близки, което щяло да спести ресурси на избраното за изпълнител лице. Това щяло да допринесе и за единна визия и облик на обектите, включени в обособената позиция. Възложителят съобразил и вида на СМР, които щели да бъдат извършвани за всеки обект, включен в обособената позиция. С разделянето на поръчката на три обособени позиции щяло да бъде постигнато максимално съотношение цена-качество, да се спести време и финансов ресурс, както на потенциалните изпълнители, така и на възложителя, респективно щели да бъдат усвоени, разходвани и използвани оптимално представените средства. Взето било предвид и обстоятелството, че всички обекти в трите обособени позиции са от една категория строежи и към участниците в процедурата за всеки обект били приложени едни и същи критерии за подбор.

В поръчката са предвидени следните изисквания за членовете на проектантския екип:

- За ръководител на екипа - висше образование, направления „Архитектура, строителство и геодезия“ или еквивалент, съгласно законодателството на държава членка към Европейския съюз или на друга държава - страна по споразумението за Европейското икономическо пространство, с общ професионален опит по специалността не по-малко от 5 години и специфичен професионален опит, като ръководител проект при проектиране и авторски надзор - минимум една сграда;

- За позицията „Проектант по част конструкции“ - да притежава проектантска правоспособност по Закона за Камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране или еквивалент, съгласно законодателството на държава членка на Европейския съюз или на друга държава, страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство.

- За проектант по част ВИК - да притежава проектантска правоспособност по Закона

за Камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране или еквивалент съгласно законодателството на държава членка на Европейския съюз или на друга държава - страна по Споразумението за европейското икономическо пространство.

- За проектант по част ОВК - да притежава проектантска правоспособност по Закона за камарата на архитектите инженерите в инвестиционното проектиране или еквивалент, съгласно законодателството на държавата членка на Европейския съюз или на друга държава в страна по Споразумението за европейското икономическо пространство.

- За проектант по част „Електро“ - да притежава проектантска правоспособност по Закона за камарата на архитектите инженерите в инвестиционното проектиране или еквивалент, съгласно законодателството на държава членка на Европейския съюз или на друга държава - страна по Споразумението за европейското икономическо пространство.

- За проектант по част „Пожарна безопасност“ - да притежава проектантска правоспособност по Закона за камарата на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране или еквивалент, съгласно законодателството на държава членка на Европейския съюз или на друга държава, страна по Споразумението за европейското икономическо пространство и придобита квалификация строителен инженер.

Въз основана поръчката е сключен договор за инженеринг РД-11-330 от 28 юни 2021 година между Министерство на здравеопазването и „В. строй“. Стойността на договора е 1 422 144 лв. Без ДДС или 1 706 572,80 лв., с включено ДДС.

Във връзка с обществената поръчка в Министерство на регионалното развитие и благоустройството е постъпило уведомление за нередност № 1918. По сигнала е извършена проверка, констатациите от която са описани в Контролен лист за проверка на обществена поръчка. Прието е, че са извършени два броя нарушения, които имат финансов ефект, описани в т. 14 и 20 в контролния лист.

В позиция 14, която се отнася до изпълнение на задълженията по чл. 46, ал. 1 от ЗОП са описани правилно фактите, във връзка с разделяне на поръчката на три обособени позиции /ОП/ и въз основа на тях е направено следното заключение: Поръчката е разделена на три обособени позиции, което противоречи на изложените от възложителя мотиви. Двата обекта в [населено място], които са от един и същи вид Център за Специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност постоянни медицински грижи са разпределени в две различни обособени позиции. Единият е групиран с обектите в [населено място] а другият - в [населено място]. Това групиране не отговаряло на изложените мотиви за разделяне на обектите по райони, с оглед на близкото им териториално разположение. Няма данни двата обекта да са различни категории строежи, доколкото всички обекти в трите обособени позиции били строежи първа група, пета категория, спрямо която категория били заложените критерии за подбор към участниците. И двата обекта в [населено място] били от един и същи вид и изискванията към изпълнението били еднакви. В случая и обектът в [населено място] бил от същия вид. Констатирано е, че техническите спецификации по поръчката са еднакви за всички обекти, а съответно в частта за проектиране са

изготвени съобразно вида на центъра, а не съобразно конкретния обект.

Това фактическо групиране на обектите, според проверяващите, не само противоречало на изложените от самия възложител мотиви, но имало разубеждаващ ефект спрямо потенциалните участници, доколкото изграждането на три обекта в обособена позиция 3 - два в Б. и един в Я. можело да се яви по целесъобразно и финансово оправдано, отколкото изграждането само на два обекта и то в два различни града. Изграждането на четири обекта по обособена позиция № 1 в два различни града макар и териториално близки можело да се яви по-нецелесъобразно и финансово неоправдано, с оглед необходимостта от по-голям ресурс, отколкото изграждането само на три обекта но в рамките на само на един град. Прието е, че начинът, по който е направено разделянето на проекта и по който се групирани обектите, най-вече в ОП1 и ОП3 е в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП.

В т. 20 са описани правилно изискванията в обявлението за обществената поръчка относно професионалната квалификация на проектантския екип и е направено заключение за наличие на ограничително изискване спрямо чуждестранни лица в частност, изискването към екипа експерти да имат образование, придобито само в България или други държави членки на Европейския съюз, или в държава - страна по Споразумението за Европейското икономическо пространство. Прието е, че така участниците са възпрепятствани да предложат експерти, които отговарят на изискванията на възложителя и като образование и като опит, но които са придобити образованието си в държава която не е член на Европейския съюз или на Европейското икономическо пространство. Сочи се, че нито в ЗУТ, нито в ЗКАИИП, нито в ЗОП се съдържат правни норми, които да оправдават залагането на подобно ограничения, относно държавата, в която е придобито съответното образование. Напротив в ЗКАИИП изрично се предвиждало в чл. 10, че право до упражняват професиите архитект, ландшафтен архитект, урбанист, инженер в устройственото планиране и/или в инвестиционното проектиране в република България имат чужденци и граждани на държави членки на Европейския съюз или на други държави, страни по-споразумението за Европейското икономическо пространство, или на конфедерация Швейцария, на които е призната професионалната квалификация по реда на Закона за признаване на професионални квалификации. В чл. 11 било предвидено, че за признаване на професионалната квалификация на чужденци и на граждани на държави членки на Европейския съюз или на други държави страни по споразумението за Европейското икономическо пространство или на конфедерация Швейцария, съответният орган по признаване определя условията и реда за провеждане на стажа за приспособяване и на изпита за правоспособност и за тяхното оценяване. Възложителят изключил възможността образованието да е придобито в конфедерация Швейцария, както и което и да е лице-чужденец, завършило образованието си в държава по гражданството му да бъде включено като експерт в екипа.

Изключването на възможността на лица, които са завършили образованието си извън държави членки на Европейския съюз, включително конфедерация Швейцария, е прието, че има ограничителен ефект и е в пряко нарушение на изискванията на чл. 2, ал. 2, връзка с ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Изискването е оценено като не необходимо и водещо до необосновано предимство и необосновано ограничаване участието на стопански субекти в поръчката, което не гарантира

равнопоставеност и свободна конкуренция между потенциалните възможни участници.

Проверката е извършена в периода -4 юли 2023 година - 31 юли 2023 година от експерти в МРРБ. Контролният лист е подписан електронно от издателите.

С писмо №99-00-6-434 от 10-ти август 2023 година Министърът на здравеопазването е уведомен за констатациите на проверката. Предоставена му е информация за нарушените разпоредби и за предвижданата за нарушенията са санкция и е поканен да изрази становище. Той е упражнил това свое право и е изрази становище, с което оспорва основанията за налагане на финансова корекция.

Въз основа проверката е издадена обжалваното решение. При идентичност на констатираните факти, с Решението се установяват нередности:

- по т. 11 от раздел 1 към Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ - „използване на основание 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 приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, буква а - „нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка“ и

- на точка 10 от раздел 1 към Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата приета с ПМС 57 от 28 март 2017 година: „използване на основание за отстраняване, критерии за полагане или условия за изпълнение на поръчката или техническа спецификация, които са дискриминационни на базата на необосновани национални/регионални или местни изисквания“, буква а, „в случаите, в които стопанските субекти са възпрепятствани да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, поради основание за отстраняване, критерии за подбор или възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които включват необосновани национални регионални или местни изисквания“ - за нарушението по т. 2 от решението.

Нередностите, според решението се основават на извършени нарушения, допуснати от бенефициента по чл. 2, ал. 2, връзка чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП и по чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, във връзка чл. 59 ал. 2 и чл. 2 ал. 2 от ЗОП.

Определя се финансова корекция на бенефициента в размер на 25% от допустимите разходи по договора РД-11-330 от 28 юни 2021 година с изпълнител „В. Строй“, в размер на 426 643,20 лв., изчислен върху стойността на всички допустими разходи по договора, които са в размер на 1760572,80 лв. с ДДС. Същата е определена чрез прилагане на пропорционален метод по чл. 5 от наредбата.

Описани са правилно установените от проверката факти за разделяне на обществената поръчка на 3 обособени позиции и изискванията за професионалната компетентност на проектантския екип и са изложени следните правни доводи за основанията и размера на корекцията и по възраженията на Министъра на здравеопазването: УО не приема аргументите на жалбоподателя, че разпределянето на обектите в обособените

позиции е направено с оглед финансирането им от различни проекти. Излага аргументи, че източникът на финансиране е ирелевантен с оглед спазването на принципите на чл. 2, ал. 1 от ЗОП, както и самият закон никъде не регламентира подобно основание на определяне предмет на обособена позиция. ЗОП предоставял на възложителите възможност по своя преценка да разделя обществената поръчка на обособени позиции. Приема, че ОП1 и ОП3 не отговарят на основния, посочен от възложителя критерий за разделяне на двете обособени позиции - близкото териториално разположение на обектите по райони. Приема за икономически, технологично и логистично необосновано, изхождайки от мотивите на самия възложител, обектите в [населено място] да се изпълняват от различни икономически оператори. Като обективно неотнормисими са оценени и останалите критерии за разделянето.

Вторият избран критерий бил - във всяка обособена позиция да са налице поне два обекта от един и същ тип. В ОП 1 били включени 1 обект в Б. и 1 обект във В. от типа Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянни медицински грижи и 2 обекта във В. от типа Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с високорисково поведение и потребност от специални здравни грижи. По ОП 3 и двата включени обекта били от типа Център за специализирана здравносоциална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянни медицински грижи, т.е. тук имало пълно съвпадение на 2-та с третият обект в Б. – те били от един и същи тип.

Третият избран критерий бил, че към всеки тип центрове са приложими еднакви изисквания, съответно проектните решения за тези обекти можели да бъдат близки. Тук в още по голяма степен било оправдано обектите в една административна единица - [населено място], да имат единна визия.

Последният избран критерий бил, че възложителят е съобразил вида на СМР, които да бъдат извършвани за всеки обект, включен в обособената позиция, като в нито една обособена позиция не бил налице обект, вида на СМР на който да се различава от останалите обекти, включени в обособената позиция, доколкото били в една категория.

Предвид изложеното УО намира за неправилно групирането на обектите в обособени позиции 1 и 3. Приема, че по обособена позиция 1 е следвало да са единствено обектите от [населено място]. Като неоснователното е оценено включване в същата и на обект от [населено място]. Това, според него, представлява нарушение на забраната, съдържаща се в чл. 2, ал. 2 от ЗОП за ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия, които необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. По този начин необосновано се увеличавала административната и финансовата тежест върху потенциалните участници по ОП1 и ОП3, тъй като поръчката ги задължавала да предприемат мерки по логистично осигуряване, техническо обезпечаване, ангажиране на човешки ресурс и т.н. за изпълнение на дейности в два града, за което нямало обективна причина. Обединяването на отдалечени в пространството обекти в една обособена позиция поставило в неблагоприятно положение потенциални икономически оператори, които биха могли да изпълнят само обектите от [населено място] и е ограничило

възможностите им за участие.

С оглед всичко гореизложено, УО на ОПРР приема, че посоченото нарушение изпълнява предпоставките на нередност, поради наличие на потенциален финансов ефект, тъй като разубеждава желаещите да участват икономически оператори, поради ограничителния си характер. В подобни случаи негативното финансово влияние се състояло в това, че въпреки че не може да бъде доказан отказ от участие, се приема и се презюмира, че ограничителното изискване със своята необоснованост има препятстващо участието влияние върху потенциални кандидати. Отказът от участие от своя страна намалявал конкуренцията, което намалявало възможностите на бенефициента да избере икономически най-изгодната оферта. Следователно, нарушението следвало да се посочи като нередност.

То произтичало от действието на бенефициента, нарушена била конкретна нормативна разпоредба на националното законодателство - чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, нарушението имало финансово отражение - нанесена била вреда на средства при неспазване принципите на чл. 2 от ЗОП - възложителят е ограничил участието на неопределен кръг заинтересовани от участие в поръчката икономически оператори, с което сериозно понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта.

В случая нередността е обоснована с обективно нарушение на материалния закон, но настъпилата вреда - ограничена конкуренция, водила до неподаване/некласиране на икономически по-изгодни оферти, което увреждало общия бюджет на ЕС или националния.

УО не приема за основателни и възраженията във връзка с другото констатирано на нарушение на правилата на ЗОП. Въведеното в документацията ограничително условие за изискванията към квалификацията на екипа е оценена като нередност с финансово влияние. Допуснато било нарушение на конкретна нормативна разпоредба - чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Нарушенията произтичали от действията на бенефициента - вземане на решение и одобряване на документация за обществената поръчка при съществен порок. Нарушението имало финансово отражение - нанесена била вреда на средства от ЕС, тъй като възложителят не е допуснал неопределен потенциален кръг заинтересовани от изпълнение на поръчката икономически оператори да представят оферти, с което сериозно е понижил възможността за избор. Нередността се обосновавала с обективно нарушение на материалния закон, но е настъпила вреда: неправомерните условия са ограничи, свободата на стопанските субекти, как да формират ценовото си предложение, така че да е възможно най-конкурентно, с което била нанесена вреда на общия бюджет на ЕС и на Националния.

От правна страна е прието, че първото деяние е нарушение на чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП. То представлявало нередност по: т. 11 от Раздел 1 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. - „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“. За нарушението е предвиден размер на финансова корекция: 10%, съгласно т. 11, б. „а“ от Раздел 1 към Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата - „нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка - не е налице минимално ниво на конкуренция, т.к. е получена 1 оферта. С тези мотиви е определяме 10 % размер на финансовата корекция върху исканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

Второто деяние е квалифицирано като нарушение на чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, във вр. С чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП. То е определено за нередност по т. 10 от Раздел 9 към приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС 57 от 28 март 2017г., б а - „използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания.

Предвиденият размер на финансова корекция, съгласно т. 10, б. „а“ от Раздел 1 към Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата - „случаите, в които стопанските субекти са били възпрепятствани да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка, поради основания за отстраняване, критерии за подбор и/или възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които включват необосновани национални, регионални или местни изисквания“ е 25%. Констатирано е, че не е налице минимално ниво на конкуренция, т.к. е получена 1 оферта, която е допусната и отговаря на процесното условие. С тези мотиви е определена 25 % финансовата корекция върху поисканите за възстановяване разходи по договора.

В допълнение към мотивите, в решението се сочи, че нарушението се дефинира като „нередност“ по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета и има вероятност да се породи задължение за възстановяване изцяло или частично на получената сума след прилагане на финансова корекция (чл. 143 от Регламент /ЕС/ 1303/2013 г. на Европейския парламент и на Съвета и Общите Условия на договора за предоставяне на БФП).

Като мотиви за начина на определяне на финансовата корекция се излагат и следните факти:

Обстоятелството дали нарушението е възпрепятствало необосновано участието/избора на други лица в процедурата, както и финансовото отражение, което е задължително при налагането на финансови корекции съгласно чл.3, ал. 1 от Наредбата се презюмирало и не следвало да бъде предмет на отделно доказване. Органът се позовава на Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 ги 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 да заключение, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и когато не може да се изключи възможността

нарушенията да имат отражение на бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. Т.е. Няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение.

Органът е приложил чл. 3, ал. 2 от Наредбата: „Определянето на размера на финансови корекции се извършва чрез прилагането на диференциален метод, а когато това е невъзможно - чрез пропорционален метод“. Поради спецификата на разглежданите нарушения, а именно неправомерно определени критерии за подбор и ограничителни условия, е прието за невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като нарушенията водят до накърняване на основните принципи, регламентирани в чл. 2 ЗОП, т.е. финансовото им отражение не е и не може да бъде конкретно определено, но е определяемо по реда на чл. 5, ал. 1 от Наредбата.

При спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основание 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 при констатирани нередности, посочени в приложение 1, засягащи едни и същи разходи (каквото е конкретния случай) процентът на финансови корекции не се натрупва, а след като се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, се определя обща корекция за всички нарушения. В случая е определена една финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по сключения договор с изпълнителя.

Описаните факти се установяват непротиворечиво от писмените доказателства по делото.

При така установените факти, съдът намира от правна страна следното:

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е основателна.

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. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II 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 заместник министър на регионалното развитие и благоустройството, който е бил оправомощен с правата на управляващ орган със заповед РД02-14-642/15.06.2023г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството. От което следва, че административният акт е издаден от компетентен орган.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, че са спазени изискванията за форма на акта. Той съдържа реквизитите, посочени в чл. 59 ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73 ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Актът съдържа фактически и правни

основания с оглед изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. Посочени са установените нарушения от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението 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.

По делото е приложено писмото, с което бенефициентът е уведомен за установената нередност по смисъла на ЗУСЕФСУ, като му е дадена възможност в двуседмичен срок за становище. В решението са описани и обсъдени направените възражения. Т.е. Спазена е процедурата на чл.73, ал.2 от ЗУСЕФСУ.

Настоящия съдебен състав, намира, че оспореното решение е издадено в нарушение на материалния закон.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент(ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета. Това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, 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.

В Чл.2, т.37 е дадено определение на „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 Министерство на здравеопазването участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, то се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г.

Съдът не споделя извода в решението, че одобрената документация на обществената поръчка, в частта в която е разделена на подобекти ОП1 и ОП3, е в противоречие с мотивите за основанията и целите на разделянето и нарушава чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП, които са със следното съдържание:

„Чл. 2. (1) 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;

...

(2) 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“.

Действително е допуснато разделянето на два обекта – центрове за специализирана медико-социална грижа за деца с увреждания с потребност от постоянни медицински грижи, които се намират на територията на Б. и групирането им в две отделни ОП, по ОП1 – с обекти във В., а по ОП-3 – в Я.. Това не е в противоречие с изложените причини за разделяне на поръчката на обособени позиции, доколкото в мотивите се сочи, че обектите са групирани в отделни позиции, разделени са по райони с оглед функционалната им свързаност **и проекта от който са част и съответно са финансирани**. Преди разделяне на поръчката на ОП по териториална близост, органът е заложил разделяне в зависимост от проекта, по който се възлага и финансира обекта. Двата обекта в Б. се възлагат и финансират по два различни проекта, включеният в ОП-1 по проект BG16RFOP001-5.001-003, а в ОП3 – в проект BG16RFOP00195.001-0054. Бенефициентът е групирал обектите на първо място по проекта, от който са част и са финансирани и едва след това – по другите показатели, точно както е заложено в мотивите за разделяне на обществената поръчка на ОП. Това групиране е обосновано, доколкото улеснява административната тежест, свързана с подготвяне на документите за кандидатстване по проектите, както и после при изпълнението и отчитане на резултатите. Те следва да се съобразяват единствено с изискванията на проекта, по който са кандидатствали. Ето защо, въпреки че няма изрична забрана в една обществена поръчка да се включат обекти по различни проекти, това разделяне не е необосновано и категорично не противоречи на мотивите на възложителя. То няма и ограничителен характер, доколкото всеки, който има капацитет и желание, и отговаря на условията на поръчката, може да заяви участие. Поради което, съдът намира, че не е допусната нередност по т. 11 от Раздел 1 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. - „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“, както и че допуснато нарушение на чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП.

Неправилен е и изводът, че е допуснато нарушение на чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Чл. 63, ал. 1, т. 5 предвижда: „Чл. 63 (1) 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:.....

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;“.

Чл. 59 ал. 2 от ЗОП гласи:“ (2) 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. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция“.

В случая жалбоподателят е съобразил изцяло изискванията към проектантския екип, който следва да проектира конкретните обекти, с разпоредбите и изискванията на закона. В изискванията се сочи, че членовете на проектантския екип следва да притежават проектантска правоспособност по Закона за камарата на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране или еквивалент, съгласно законодателството на държава членка на Европейския съюз или на друга държава, страна по Споразумението за европейското икономическо пространство. За ръководител на екипа се сочи изискване за висше образование с професионално направление „Архитектура, строителство и геодезия или еквивалент, съгласно законодателството на държава-членка на Европейския съюз или на друга държава, страна по Споразумението за европейското икономическо пространство“.

Съдът намира, че единствено в изискванията спрямо ръководителя на екипа е изрично посочено изискване за конкретно образование, в случая - завършено професионално направление „Архитектура, строителство и геодезия или еквивалент, съгласно законодателството на държава-членка на Европейския съюз или на друга държава, страна по Споразумението за европейското икономическо пространство. Тези изисквания не се отнасят за мястото, където е завършено образованието, а за вида на образованието. Изискването посочва името на съответното направление, което следва да е завършил ръководителят на екипа по българското законодателство и това, че ако образованието е завършено в друга държава, следва да е еквивалент на това направление, съгласно законодателството на държава-членка Европейския съюз или на друга държава, страна по Споразумението за европейското икономическо пространство. Което означава, че ако лицето има завършено висше образование, извън ЕС и дипломата му е призната за еквивалент на тази специалност, според законодателството на България или други страни-членки на ЕС или на държава, страна по Споразумението за европейското икономическо пространство, лицето ще отговаря на критериите на възложителя. Тези критерии не са необосновани, а необходими, предвид характера на възлаганата дейност по проектиране на строежи, която е правно регламентирана с множество специални закони и подзаконовни нормативни актове.

По отношение на всички други членове на екипа е въведено изискване за проектантска правоспособност, съгласно ЗКАИИП.

Задължително изискване за проектантите за строежи Пета категория е да имат освен завършено съответно образование, така и призната правоспособност след вписване в Камарите на архитектите и в К. на инженерите в инвестиционното проектиране/К./ - чл. 7 от ЗКАИИП. На вписване в регистрите подлежат както лица, завършили в България, така и чужденци и лица с професионална квалификация „архитект“ и "инженер", придобити в страна - членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети страни по реда на Наредбата за условията и реда за признаване на правоспособност в областта на устройственото планиране и инвестиционното проектиране на лица с професионална квалификация "архитект", съответно "инженер", придобита в държава - членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети държави(чл. 4, 5, Глава II) и Наредба № 2 за проектантската правоспособност на инженерите, регистрирани в К.(чл. 2).

От което следва, че проектантска правоспособност в България се придобива, както от лица завършили в България, така и от такива, завършили в трети страни, едва след вписване в съответната камара. След това вписване, лицето отговаря на изискванията на възложителя на обществените поръчки – да притежава проектантска правоспособност по Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране и няма ограничение да бъде част от екипа по обявената обществена поръчка. С включването на това изискване в документацията не е допуснато нарушение на ЗОП, а са спазени изискванията на специалните закони – ЗУТ, ЗКАИИП и др. Съответно, не е допусната нередност по т. 10 от Раздел 9 към приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, приета с ПМС 57 от 28 март 2017г., б а - „използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания, нито нарушение чл. 63, ал. 1, т. 5 от ЗОП, във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Тези изисквания са обосновани и необходими предвид характера на възлаганата дейност и изискванията за съответна правоспособност, а не само завършено образование, за изпълняването ѝ.

Ето защо, оспореното решение следва да бъде отменено като незаконосъобразно, постановено в нарушение на материалния закон.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане за присъждане на съдебни разноски, на основание чл. 143, ал.1 от АПК съдът следва да осъди ответника да заплати на жалбоподателя направените по делото разноски – държавна такса в размер на 1700лв. и юрисконсултско възнаграждение, съгласно чл. 24 от Наредба за заплащане на правната помощ в размер на 100 лв.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 78-ми състав,

РЕШИ:

Отменя по жалба на Министерство на здравеопазването, представлявано от

Министъра на здравеопазването, решение № РД 02-36-1018/11.09.2023г. на ръководителя на Управителния орган/УО/ на Оперативна програма „Региони в растеж“, по сигнал за нередност с регистрационен № 2243, с което на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 426 643,20лв., представляваща 25% от безвъзмездната финансова помощ по договор РД-11-33-/BG16RFOP001-5.001-003-S-004/28.06.2021г. с изпълнител „Вера Строй“ ЕООД, [населено място], изчислена върху стойност 1 706 572,80лв.
ОСЪЖДА Министерство на здравеопазването да заплати на Министерството на Регионалното развитие и благоустройството сумата от 1800 лв.
Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България, в 14-дневен срок от съобщението.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: