

РЕШЕНИЕ

№ 4935

гр. София, 23.09.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 01.09.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **5429** по описа за **2020** 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. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на УС Г. Т. срещу Решение № РД- 02-36-758/27.05.2020г. на Заместник – министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма /ОП/ „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция на Агенция „Пътна инфраструктура“ в размер на 14 820 лв. с ДДС - 5 на сто върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-7.001-0028-U-01 с рег. № РД 36-4/16.04.2019г. с изпълнител Обединение „Надзор Региони“, на стойност 247 000 лв. без ДДС, по обособена позиция 2. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 (ОПРР), чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско

възнаграждение.

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

В Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ при МРРБ е получен сигнал за нередност след извършен предварителен контрол № 1331 във връзка с открита процедура по ЗОП с предмет „Определяне на изпълнител на консултантска услуга във връзка със строителството на 2 /два/ обекта – Л. 27 и Л. 28 на ОП “Региони в растеж” 2014-2020 по обособени позиции, финансирана с договор за предоставяне на БФП с №: BG16RFOP001-7.001-0028, Решение за откриване № 118 от 17.10.2017 г., в който са посочени следните нарушения:

1. Ограничително условие

По отношение на документите, с които се доказват изпълнените сходни дейности възложителят изисква в документацията да се представи списък на услугите, идентични или сходни с предмета на поръчката, придружен с удостоверения за добро изпълнение, които съдържат стойността, датата, на която е приключило изпълнението, мястото, вида услуга. Изискването на възложителя списъкът на услугите, идентични или сходни с предмета на поръчката да бъде придружен с удостоверение за добро изпълнение с посоченото съдържание е в нарушение на чл.64, ал.1, т.2 от ЗОП, който предвижда при обществени поръчки за услуги (каквато е и настоящата поръчка) списъкът да е придружен с документи, които доказват извършената услуга, без да се конкретизира видът на документа, с който се доказва изпълнението. Въвеждайки условие за представяне на удостоверението за добро изпълнение, което се изисква при обществени поръчки с обект строителство, каквато настоящата не е, възложителят е въвел допълнителни утежняващи административни изисквания към участниците, с оглед на което подателят на сигнала приема, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП, което е съществено.

2. Ограничителни критерии за възлагане

По отношение на изискванията за образователна и професионална квалификация на изискуемия експертен екип, доколкото посочените изисквания са заложили като задължителни и на практика не подлежат на оценка и с оглед изричната забележка на Възложителя, че „Ако експерт/експерти не отговарят на посочените по-горе изисквания (включително минимално изискуем брой години и/или обекти) и не могат да бъдат оценени с предвидените точки, поради това, че техническото предложение не може да се променя, участникът ще бъде предложен за отстраняване”.

2.1. Изискването, поставено към Експерта инженер по част Геодезия – изисква се този експерт да притежава висше образование по специалност „Геодезия” или „М. и геодезия” или еквивалентна, което е ограничително изискване. От формулировката на изискването е видно, че възможността за еквивалентна специалност се отнася до лицата, придобили висшето си образование в чужбина, като в този смисъл не може да се счита, че възложителят би приел завършил образованието си в България експерт, който притежава друга специалност. Същевременно съгласно § 1, т. 5 от Допълнителните разпоредби на Закона за геодезията и картографията, "Инженер по геодезия" е лице с висше образование по специалностите "Геодезия, фотограмметрия и

картография", "Земеустройство", "Геодезия", "М." или "Геодезия и маркшайдерство", както и лице със завършено висше образование в чужбина с призната и легализирана диплома по реда на чл. 9, ал. 3, т. 9 и чл. 10, ал. 2, т. 4 от Закона за висшето образование, която съответства на посочените специалности. В тази връзка, ограничаването на изискването единствено до инженери с висше образование по изброените специалности („Геодезия” или „М. и геодезия”) се явява ограничително за всички лица, завършили някоя от приложимите специалности за придобиване на професионална квалификация „Инженер по геодезия”. Посоченото изискване е въведено в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Посоченото нарушение би могло да има финансов ефект, доколкото изискването може да е ограничило кръга от участниците в процедурата.

2.2. Изискването поставено към експерта Инженер по материали – изисква се този експерт да има висше образование по специалност „Пътно строителство” или „Транспортно строителство” или „Промислено и гражданско строителство” или „Строителство на сгради и съоръжения” или инженер-химик или еквивалентна. Една от дейностите, включени в предмета на поръчката е Контрол на строителните продукти и на извършените СМР, поради което може да се приеме, че лицето по тази позиция ще има функцията на строителен надзор, който да следи качеството на вложените в строителния обект продукти. Така поставеното изискване към образованието на експерта необосновано е ограничило кръга на лицата, които участникът може да използва. Доколкото законодателството допуска и лица с друга квалификация, притежаващи сертификат/удостоверение за завършен курс за експерт контрол по качеството при строителство, да изпълняват съответните функции, въведеното изискване е ограничително. Така заложеното изискване за професионална квалификация ограничава участието в процедурата на лица, притежаващи документ за завършен курс или друг вид документ, който дава възможност за изпълнение на функциите по контрол на качеството, но имат различна професионална квалификация, свързаната със строителството, например инженер геодезист, както и други инженерни специалности, при които са застъпени, предмети касаещи технологията, контрола и изследването на материалите, а също лица с професионална квалификация „архитект“, които също са технически правоспособни лица. С поставеното изискване възложителят нарушава разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и необосновано ограничава потенциални участници. Констатираното нарушение е съществено, поради наличие на възможен финансов ефект.

2.3. На следващо място, за ограничително е установено и изискването за минимум 5 годишен общ професионален опит по конкретно посочените специалности/ области за всеки един от експертите. Съгласно методиката за оценка, на оценка подлежат само експерти, които имат минимум 5 годишен опит по конкретна специалност или в конкретна област, като съгласно изричната забележка на Възложителя „Ако експерт/експерти не отговарят на посочените по-горе изисквания (включително минимално изискуем брой години и/или обекти) и не могат да бъдат оценени с предвидените точки, поради това, че техническото предложение не може да се променя, участникът ще бъде предложен за отстраняване”. С поставеното изискване възложителят нарушава разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и необосновано ограничава потенциални участници. По-големият опит може да бъде основание за присъждане на по-голям брой точки при оценката, но в случая 5те години са заложи като минимално изискване и при несъответствие експертът не се оценява, съответно

участникът се отстранява. Констатираното нарушение се приема за съществено, поради наличие на възможен финансов ефект.

3. Преди сключването на договора за обществена поръчка избраният изпълнител по обособена позиция № 2 Д. „Надзор региони” е представил документи за липсата на обстоятелствата по чл. 54, ал. 1 и чл. 55 ал. 1 от ЗОП. По отношение липсата на обстоятелството по чл. 54, ал.1, т.2 ЗОП за съдружника [фирма] е представено удостоверение от 08.04.2019г. от ТД НАП-В., видно от което, дружеството има задължения в размер на 26 275.77 лева. Чл.54, ал.3 от ЗОП допуска участникът (съответно член на обединението) да има неплатени данъци и задължителни осигурителни вноски в размер до 1 % от сумата на годишния общ оборот за последната приключила финансова година. В представения от участника ЕЕДОП, за последната финансова година на съдружника [фирма] е деклариран общ оборот от 2 493 479.05 лева. Видно от представения ОПР за 2016 г. преди сключване на договора общият приход от стопанска дейност на Трафик Холдинг Е. е 2 554 хил. лева, а общият приход, вкл. и от финансови приходи е 2 660 хил. лева. Доколкото установеният размер на данъчните задължения е над 1 % от прихода от стопанска дейност и почти 1 % от общия приход, то е следвало да бъдат изискани от участника доказателства за заплащането на така установените публични задължения. Възложителят не е представил доказателства, че е изискал от участника да удостовери по категоричен начин изпълнението на изискванията на чл.54, ал.1, т.2 от ЗОП, поради което е налице допуснато съществено нарушение, което има възможен финансов ефект.

УО на ОПРР е уведомил възложителя с писмо с изх. № 99-00-6-315 от 28.04.2020 г., изпратено чрез ИСУН, относно твърденията в сигнала за нередност, стартирането на производство по чл. 73 от ЗУСЕСИФ и за възможността бенефициентът да представи възражение на основание чл. 73, ал. 2 от цитирания закон. В УО на ОПРР е постъпило становище с вх. № 99-00-6-315(1)/11.05.2020 г. от бенефициента Агенция „Пътна инфраструктура“, с твърдения за липса на извършени нарушения, респективно липса на нередност, които не са възприети за основателни.

С оспореното Решение № РД- 02-36-758/27.05.2020г. на Заместник – министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма /ОП/ „Региони в растеж“ 2014-2020, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9, чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 от Закон за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) във вр. с чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и Съвета, във връзка с чл. 160 от Регламент 1046/2018 г. на Европейския парламент и Съвета, във връзка със Заповед № РД-02-36-1179 от 26.09.2018 г. на Министъра на регионалното развитие и благоустройството, е приключен сигнал за нередност с рег. № 1331, регистриран в Регистъра на сигнали и нередности, във връзка с открита процедура по ЗОП с предмет „Определяне на изпълнител на консултантска услуга във връзка със строителството на 2 /два/ обекта – Л. 27 и Л. 28 на ОП “Региони в растеж” 2014-2020 по обособени позиции, финансирана с договор за предоставяне на БФП с №: BG16RFOP001-7.001-0028, Решение за откриване № 118 от 17.10.2017 г., като по отношение на бенефициента – Агенция „Пътна инфраструктура“ е: 1. Установена нередност по: т. 11 от Раздел I 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 всяко от установените нарушения по т. 1 и 2 от Решението; 2. за извършено нарушение, допуснато от бенефициента, както следва: чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 – за нарушенията по т. 1 от Решението; чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 от ЗОП – за нарушенията по т. 2.1. и т. 2.2. от Решението; чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП за нарушенията по т. 2.3. от Решението; 3. Определена е финансова корекция на бенефициента – Агенция „Пътна инфраструктура“, както следва: 5 % от допустимите разходи по договор: - № BG16RFOP001-7.001-0028-U-01 с рег. № РД 36-4 от 16.04.2019 г., с изпълнител Обединение „Надзор Региони“, на стойност 247 000 лв. без ДДС, по обособена позиция 2. Финансовата корекция е в размер на 14 820.00 лв. с ДДС, представляваща 5 % от безвъзмездната финансова помощ по договор № BG16RFOP001-7.001-0028-U-01 с рег. № РД 36-4 от 16.04.2019 г., с изпълнител Обединение „Надзор Региони“ и следва да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане. Неправомерният разход е изчислен върху стойността на всички допустими разходи по договора с изпълнител в размер на 296 400 лв. с ДДС и следва да бъде преизчислен върху реално отчетените и допустими за верифициране разходи по договора с изпълнител, финансирани със средства от ЕСИФ. Размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагане на пропорционален метод и по реда на чл. 5 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, тъй като не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: 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. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед № РД-02-36-1179/26.09.2018г. на основание чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 5, ал. 4 от Устройствения правилник на МРРБ, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството Д. Н. (подписала процесното решение). С оглед на горното съдът прави извод, че последното е издадено от компетентен административен орган.

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 актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Посочени са и всички изискуеми реквизити по чл. 14, ал. 2 от Наредба за

администриране на нередности по ЕСИФ, приета с ПМС № 173/2016 г.

При издаването на обжалвания административен акт не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

1. Ограничителни критерии за подбор - нарушение по т.1 - на чл.2, ал.2 вр. с чл.59, ал.2 от ЗОП

Съгласно разпоредбата на чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП за доказване на техническите и професионалните способности на участниците се представят: списък на доставките или услугите, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с доказателство за извършената услуга.

Според изискването на 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. Възложителите нямат право да изискват от кандидатите или участниците други документи за доказване на съответствие с поставените критерии за подбор, освен посочените в този закон. / чл. 59, ал. 2 от ЗОП/

В раздел III.1.3, т. 1 От обявлението, както и раздел 3 „Критерии за подбор“, т. 3.3 от Документацията за участие, възложителят е установил, че за доказване съответствието с критерий за подбор - изпълнени консултантски услуги на минимум 1 (един) обект, идентичен или сходен с предмета и обема на поръчката, при условията на чл. 67, ал. 5 от ЗОП, както и преди сключване на договор участниците следва да представят: Списък на услугите, идентични или сходни с предмета на поръчката, **придружен с удостоверения за добро изпълнение**, които съдържат стойността, датата, на която е приключило изпълнението, мястото, вида услуга.

Съдът споделя извода на УО, че така поставеното условие е ограничително, тъй като нормативно не е определена форма на представяното доказателство. Законодателят е допуснал съответствието с процесния критерий за подбор да е чрез представяне на **доказателство за извършената услуга**, което би могло да е всяко, което удостоверява извършената услуга. Възложителят е допуснал доказването на критерия да е единствено с удостоверение за добро изпълнение и по този начин е нарушил конкретната норма, с което е ограничил икономическите оператори лишавайки ги от възможността да изберат разполагаемото

средство за доказване, доколкото е въвел необоснована административна тежест за тях.

Съдът не приема тезата на бенефициента, че само изискваният документ за добро изпълнение гарантира качеството на функциите по строителен надзор. Законодателят изрично е предвидил възможност за такова доказване на критерия за подбор единствено при предмет на обществена поръчка строителство. За доказване на техническите и професионалните способности на участниците при изпълнение на доставки и услуги (какъвто е и настоящия случай) нормативното условие е сведено до представяне на документи, които доказват извършената доставка или услуга, но не и по отношение на качеството на изпълнение на доставката или услугата. Такива документи може да са сключени договори, приемо-предавателни протоколи и др.

Ето защо, правилно УО е квалифицирал така одобреното условие като нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като бенефициентът необосновано е ограничил участието на стопански субекти в обществената поръчка. Освен това възложителят не може да използва спрямо участниците условия за доказване на критериите за подбор, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, различни от императивно определените по ЗОП. Ето защо, описаното нарушение (ограничителен критерий за подбор) е с финансово влияние, т.е. налице е съставомерност и същото се квалифицира като „нередност“:

- нарушена е конкретна нормативна разпоредба на националното законодателство - чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 от ЗОП;

- нарушението произтича от действието на бенефициента възложител – АПИ, с обявяване на обществена поръчка, съдържаща съществен порок;

- нарушението има финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕСИФ – при неспазване принципите на чл. 2 ЗОП възложителят е ограничил участието на неопределен кръг заинтересовани от участие в поръчката икономически оператори, с което сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. В случая нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, но настъпилата вреда - ограничена конкуренция, води до неподаване/класиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС или националния.

2. Ограничителни критерии за възлагане

По т. 2.1. Видно от документацията за участие, конкретно т. 3, б. „Г“ от Методиката за оценка, за да бъде допуснат до класиране всеки участник

следва да разполага по позиция „Геодезия“ с експерт, притежаваш определена професионална квалификация: висше образование по специалност „Геодезия” или „М. и геодезия” или еквивалентна“. Кумулативно на горното условие възложителят е изискал същият експерт да е с минимум 5 години професионален опит по специалността „Геодезия” или „М. и геодезия” или еквивалентна.

Възложителят е посочил, че експерта следва да притежава и специфичен опит - участие на подобна ръководна позиция в екип за упражняване на строителен надзор на изпълнен обект, идентичен или сходен с предмета на обществената поръчка.

По смисъла на Закона за геодезията и картографията, в § 1, т. 5 от Допълнителните разпоредби е определено, че "Инженер по геодезия" е лице с висше образование по специалностите "Геодезия, фотограмметрия и картография", "Земеустройство", "Геодезия", "М." или "Геодезия и маркшайдерство", както и лице със завършено висше образование в чужбина с призната и легализирана диплома по реда на чл. 9, ал. 3, т. 9 и чл. 10, ал. 2, т. 4 от Закона за висшето образование, която съответства на посочените специалности“.

Възложителят неправомерно (доколкото противоречи на законово определените специалности) е ограничил кръга от лица за заемане на процесната позиция единствено до 2 специалности: „Геодезия” или „М. и геодезия”. С това изискване възложителят е нарушил чл. 2, ал. 2 от ЗОП и необосновано е ограничил потенциалните участници, защото съгласно цитираната разпоредба, технически правоспособните лица по част геодезия са лицата, получили дипломи с квалификация "Геодезия, фотограмметрия и картография", "Земеустройство", "Геодезия", "М." или "Геодезия и маркшайдерство". Професионалната квалификация „Геодезия” или „М. и геодезия” (заложена от възложителя), не е еквивалент на професионалните квалификации "Геодезия, фотограмметрия и картография", "Земеустройство" и "М." или "Геодезия и маркшайдерство". Доколкото под „еквивалент” следва да се разбира нещо, равностойно на друго, което може да го замени, то всяка една от посочените по-горе квалификации притежава специфика, която я отличава от професионалната квалификация на другата.

Въведеното от възложителя допълнение „или еквивалентна“ към изброената специалност е относимо единствено към такива специалности, които са придобити в чужбина. Това е така, тъй като не би могло да се приеме, че напр. специалност „Земеустройство“ е еквивалентна на която и да било друга специалност, придобита в Р България. Ако се приеме въведената възможност за еквивалент по отношение на останалите

специалности, изброени в § 1, т. 5 от Допълнителните разпоредби на Закона за геодезията и картографията, то тогава следва да се установи ограничение по отношение на чуждестранните участници.

Ето защо, поставеното от възложителя изискване за професионална квалификация, която не изчерпва законовата определеност за заемане на такава позиция, едновременно съчетано с изискването за общ и специфичен опит по точно тези конкретни специалности, необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които са придобили друга професионална квалификация съответно нормативно допустима професионална компетентност по други специалности от обхвата на определението „инженер геодезист“ – "Геодезия, фотограмметрия и картография", "Земеустройство", и "М."

Съдът счита, че въведените от възложителя условия налагат на заинтересованите оператори да разполагат за позицията „Геодезия“ с лице, което да е единствено с определените образование и квалификация и опит, придобит при упражняване на точно тези специалности. Възложителят е включил в документацията изискване, което необосновано ограничава участието на лица в разглежданата процедура. Описаното нарушение (ограничителен критерий за възлагане) е с финансово влияние, т.е. налице е съставомерност и същото се квалифицира като „нередност“:

- нарушена е конкретна нормативна разпоредба на националното законодателство - чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 от ЗОП;

- нарушението произтича от действието на бенефициента възложител – АПИ, с обявяване на обществена поръчка, съдържаща съществен порок;

- нарушението има финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕСИФ – при неспазване принципите на чл. 2 ЗОП възложителят е ограничил участието на неопределен кръг заинтересовани от участие в поръчката икономически оператори, с което сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. В случая нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, но настъпилата вреда - ограничена конкуренция, води до неподаване/класиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС или националния.

По т. 2.2: Видно от документацията за участие, т. 3, б. „Б“ от Методиката за оценка, за да бъде допуснат до класиране всеки участник следва да разполага по позиция „Инженер по материали“ с експерт, притежаващ висше образование по специалност „Пътно строителство” или „Транспортно строителство” или „Промислено и гражданско

строителство” или „Строителство на сгради и съоръжения” или инженер-химик или еквивалентна. Нещо повече, кумулативно е изискано същият експерт да има общ професионален опит за период от най-малко 5 години, както и специфичен опит именно при упражняване на някоя от конкретно изброените специалности.

Съобразно наименованието, дадено от възложителя на позицията - „инженер по материалите“, липсват нормативни изисквания за подобен експерт. На база специфичния опит, който е заложен като изискване в документацията към процедурата, може да се направи извод, че този експерт ще бъде отговорен за контрола на качеството на влаганите в строителството материали.

При анализ на приложимите нормативни разпоредби не се установяват определени изисквания за образователна квалификация на разглеждания вид експерт.

Съгласно чл. 166, ал. 1 от Закона за устройство на територията (ЗУТ), консултантът въз основа на писмен договор с възложителя извършва дейности по оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражнява строителен надзор, както и проверка и контрол на доставените и влагани в строежа строителни продукти. В чл. 166, ал. 2 от ЗУТ е посочено, че началникът на Дирекцията за национален строителен контрол или оправомощено от него длъжностно лице издава и вписва в регистър удостоверения за упражняване на дейностите по строителен надзор, определени с наредба на министъра на регионалното развитие и благоустройството.

По силата на чл. 1, ал. 3 от Наредба № РД-02-20-25 от 3 декември 2012 г. за условията и реда за издаване на удостоверение за вписване в регистъра на консултантите за оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор (Наредба № РД-02-20-25 от 3 декември 2012 г.) /в актуалната към откриване на обществената поръчка ДВ. бр. 98 от 11 декември 2012 г./, консултантът въз основа на сключен договор с възложителя може да изпълнява прединвестиционни проучвания, подготовка на проектантския процес и координация на строителния процес до въвеждането на строежа в експлоатация, включително контрол на количествата, качеството и съответствието на изпълняваните строителни и монтажни работи и влаганите строителни продукти с договорите за изпълнение на строителството, както и други дейности - предмет на договори.

В чл. 6, ал. 1, т. 3 от Наредба № РД-02-20-25 от 3 декември 2012 г. са изброени изискванията за издаване на удостоверение, в които е включено и това, да разполага с нает по трудов или друг договор екип от

правоспособни физически лица с доказан професионален опит и технически компетентности, необходими за осъществяване на дейностите за оценяване на съответствието на инвестиционните проекти със съществените изисквания към строежите и/или упражняване на строителен надзор. Освен това в чл. 6, ал. 2 от Наредба № РД-02-20-25 от 3 декември 2012 г. е определено, че екипът, с който следва да разполага консултантът при упражняването на дейност по оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор, трябва да включва съответните специалисти, които притежават квалификация и правоспособност да оценяват съответствието на всички части на инвестиционните проекти за видовете строежи по отделни категории съгласно чл. 137, ал. 1 ЗУТ, включително координатор по безопасност и здраве, но не по-малко от следните специалности:

1. архитектура;
2. промишлено и гражданско строителство, технология и механизация на строителството или строителство на сгради и съоръжения;
3. топлотехника (отопление, вентилация и климатизация);
4. специалностите, въз основа на които се придобива квалификация "електроинженер";
5. водоснабдяване и канализация, хидротехническо строителство, хидромелиоративно строителство или хидроенергийно строителство;
6. транспортно строителство, пътно строителство или железопътно строителство;
7. специалностите, въз основа на които се придобива квалификация "инженер в областта на телекомуникациите";
8. специалностите, въз основа на които се придобива квалификация "технолог в областта на производствените процеси";
9. специалностите, свързани със санитарно-хигиенните изисквания към строежите (лекари с придобита специалност в системата на здравеопазването по "Комунална хигиена", "Трудова медицина", "Обща хигиена", "Хранене и диететика", "Хигиена на детско-юношеската възраст" и "Радиационна хигиена"; инженери и архитекти с придобита специалност в системата на здравеопазването по "Санитарно инженерство");
10. пожарна и аварийна безопасност или пожарна безопасност и защита на населението;
11. специалностите, въз основа на които се придобива квалификация в областта на геодезията;
12. специалностите, въз основа на които се придобива квалификация в областта на инженерно-геоложките проучвания;

13. юрист.

(3) Допуска се включване в екипа на консултанта по ал. 2 и на лица със специалности, приравнени към посочените в ал. 2, т. 1 - 12. Приравнени са специалностите, при които учебната програма на специалността покрива най-малко 80 на сто от учебната програма на съответната специалност по ал. 2, т. 1 - 12.

Въз основа на разгледаните разпоредби се налага изводът, че консултантът по строителен надзор следва да разполага с екип от „правоспособни физически лица с доказан професионален опит и технически компетентности“. Сред гореописаните в Наредба № РД-02-20-25 от 3 декември 2012г. експерти, освен строителни специалисти, инженер-геолози, инженер-химици, са изброени и още специалисти, които също са технически компетентни лица в областта на строителните науки. Не е налице изискване за наличие на конкретно образование за изпълнение на разглежданата функция по контрол на материалите. В тази връзка, законът допуска, контрол на материалите за строителен надзор да се извършва и от експерти с друга квалификация, различна от описаните от възложителя за инженер по материалите, тъй като за конкретната функция на контрол на качеството на материалите не е изискана определена специалност.

Предвид обстоятелството, че за експертите за контрол по качеството не е регламентирано изискване за определен вид образование, изискването, поставено от възложителя в обществената поръчка точно определена професионална квалификация в съчетание с общ и специфичен опит, обвързани с посочените от възложителя специалности, необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които притежават документ за завършен курс или друг вид документ, даващ възможност за изпълнение на функциите на „инженер по материалите“, но имат друга професионална квалификация, свързана със строителен надзор/строителни дейности – например „инженер-геодезист“ или „инженер по хидромелиоративно строителство“. В тази връзка бенефициентът е могъл да посочи изискване за образователна квалификация в областта на строителството, химията, геологията, технологията на материалите и др., за да могат да се включат и експерти/инженери със сходни специалности, с подходящ опит и завършен курс за контрол по качеството. Следователно поставеното от възложителя изискване само за посочените професионални/образователни квалификации необосновано ограничава участието на икономически оператори в процедурата и така намалява конкуренцията.

Ето защо, налице е нарушение на чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 от

ЗОП. Възложителят е включил в документацията изискване, което необосновано ограничава участието на лица в разглежданата процедура, тъй като от една страна, въведените от възложителя условия „налагат“ на заинтересованите оператори да имат назначено по трудово или друго правоотношение лице, изпълняващо функциите по контрол на качеството и приемане на строителните работи, което да е единствено с определените образование, квалификация и специалност. От друга страна, възложителят е обезпечил в достатъчна степен професионалния опит на съответния експерт, въвеждайки кумулативно изискване, същият: да има „общ професионален опит: 5 г. по специалността; специфичен опит: участие в екип на ръководна позиция (контрол на качеството и приемане на строителните работи) за упражняване на строителен надзор на мин. 1 изпълнен обект, т.е. във висока степен е гарантирал качеството на експертизата на съответно предлаганото лице. Предвид доказването на опит в минимум 1 сходен с предмета на поръчката обект и 5 години стаж по специалността, е неоправдано и прекомерно нарочното изискване за образование, квалификация и специалност на този експерт.

УО е извършил проверка на специалностите, които засягат изучаване на технологията, контрола, изследването на материалите, в които се получава специализирана подготовка в областта на материалите и технологиите за тяхното получаване и обработване, като се потвърди включително специалност:

- „Технология на материалите и материалознание“, образователно-квалификационна степен: бакалавър в Технически университет Г.;
- „Материалознание и технологии“, образователно-квалификационна степен: бакалавър в Русенски университет „А. К.“;
- Технически университет – С. е с Катедра "Материалознание и технология на материалите", в която се изучават съответстващи дисциплини;
- Други технически специалности, по които се изучава дисциплина строителни материали – напр. по специалност хидромелиоративно строителство и др.

Ето защо, лица получили техническо образование и то напълно съответстващо на изискуемата експертиза по процесния критерий, са обективно ограничени от възложителя.

Доколкото нарушението, извършено от възложителя е безспорно, то в случая същото се определя като нередност, тъй като се установява съставомерност:

- нарушена е конкретна нормативна разпоредба на националното

законодателство - чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 от ЗОП;
- нарушението произтича от действието на бенефициента – възложител;

- нарушението има финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕС – възложителят не е допуснал до участие/класиране неопределен кръг икономически оператори, с което е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. В случая нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, но настъпилата вреда - ограничената конкуренция води до неподаване/класиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС и националния.

По т. 2.3. В т. 3 от Методиката за оценка на офертите от документацията за участие, възложителят е поставил необосновано завишени/непропорционални минимални условия към професионалната компетентност на служителите, предлагани от участниците, като кумулативно се изисква:

- наличие на минимум 5 години общ професионален опит, придобит по конкретно определена специалност

и

- участие на всеки от експертите (специфичен опит) на подобна ръководна позиция в екип за упражняване на строителен надзор на изпълнен обект, идентичен или сходен с предмета на обществената поръчка

Неправомерно възложителят е изисквал от експертите, които ще изпълняват чисто оперативни функции, да притежават ръководен опит. За всеки един от оценяваните в методиката експерти за специфичен професионален опит се счита участие на подобна ръководна позиция в екип за упражняване на строителен надзор на изпълнен обект, идентичен или сходен с предмета на обществената поръчка.

Изисква се опит на ключовите експерти, чиято продължителност (минимум 5 години по специалността) не е съобразена нито с нормативни изисквания за изпълнение на дейността, нито с обичайна практика в относимата сфера, предвид предмета на обществената поръчка - избраният изпълнител следва да упражнява Строителен надзор. Дейностите, предмет на процедурата не се отличават със специфика, която да обосновава изключителност на условията за изпълнение. Ето защо изискванията за опит на експертите не съответстват на стойността, сложността и обема на обществената поръчка. От друга страна, липсва нормативна регламентация досежно професионалната компетентност, по отношение по-конкретно на продължителността на упражняване на

професията.

В този смисъл изискванията спрямо всеки един от експертите са незаконосъобразни - твърде завишени и несъответстващи на предмета и дейностите по поръчката. В този случай продължителността на опита е прекомерна спрямо отговорностите, предвидени за съответния експерт при изпълнението на поръчката – същите отговорности биха могли да бъдат поети и изпълнени от експерти с по-малък опит (в години), без това да се отрази на качеството на изпълнение.

Одобрената от възложителя методика по този показател е непропорционално на сложността на нейния предмет утежнена и в този смисъл ограничителна за конкуренцията. От една страна възложителят оценява опит на експертите като продължителен период от време (в случая минимум 5 години), а от друга, оценка се дава задължително и за участие в брой изпълнени сходни обекти и то на ръководна позиция. Възложителят не е изяснил кое обстоятелство е с по-голяма важност за постигане качеството на изпълнение – брой години в упражняване на придобитата специалност или брой обекти, изпълнени на позиция съгласно придобитата специалност.

Установените нарушения, свързани с изисквания за кумулативно покрити условия за общ и специфичен професионален опит на ключовите експерти нарушават принципа за равнопоставеност и недопускане на дискриминация, тъй като същите в тяхната съвкупност не са съобразени с предмета, характера, стойността, количеството и обема на обществената поръчка.

Предвид изложеното, съдът намира, че е допуснато твърдяното от УО нарушение в областта на възлагането на обществени поръчки – възложителят е включил в обявлението и документацията изискване, което необосновано ограничава участието на лица в разглежданата процедура. Описаното нарушение (ограничителен критерий за възлаган) е с финансово влияние, т.е. налице е съставомерност и същото може да се квалифицира като „нередност“:

- нарушена е конкретна нормативна разпоредба на националното законодателство - чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП;
- нарушението произтича от действието на бенефициента възложител - Агенция „Пътна инфраструктура, с обявяване на обществена поръчка, съдържаща съществен порок;
- нарушението има финансово отражение – нанесена е вреда на средства от ЕС – при неспазване принципите на чл. 2 ЗОП за свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация,

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 на по-конкурентна оферта. Принципите на прозрачност и равно третиране, които се прилагат за всички процедури за възлагане на обществени поръчки, изискват материалните и процесуалните условия за участие в процедура за възлагане на обществена поръчка да са предварително ясно определени и оповестени публично, а спрямо участниците да се прилагат недискриминационни правила за оценка. В случая нередността се обосновава с обективно нарушение на материалния закон, но е настъпила вреда: нарушаването на основните принципи на ЗОП, (въведени от възложителя ограничителни изисквания, имащи разубеждаващ ефект за участие), води до неподаване/класиране на икономически по-изгодни оферти, което уврежда общия бюджет на ЕС.

С оглед на горното, съдът намира за съответен на материалния закон извода на УО за извършени нарушения, допуснато от бенефициента, както следва: чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 – за нарушенията по т. 1 от Решението; чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 от ЗОП – за нарушенията по т. 2.1. и т. 2.2. от Решението; чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 70, ал. 5 и ал. 7, т. 1 от ЗОП за нарушенията по т. 2.3. от Решението.

Извършените нарушения по т. 1. и т. 2. (2.1., 2.2. и 2.3.) са в обхвата на нередност по т. 11 от Раздел I 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 ЗУСЕСИФ (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“.

Предвиденият размер на финансова корекция е 5% съгласно т. 11, б. „б“, от Раздел I към Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата – „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“, при следните условия: налице е минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критерия за подбор и възлагане (в настоящия случай 4 бр. по процесната обществена поръчка).

Нарушенията биха могли да се дефинират 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).

Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата: „Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез прилагането на диференциален метод, а когато това е невъзможно - чрез пропорционален метод“.

В настоящия случай, поради спецификата на разглежданите нарушения, а именно неправомерни критерии за подбор и възлагане, не е възможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като нарушенията водят до накърняване на основните принципи, регламентирани в чл. 2 на 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.

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 презюмира и не следва да бъде предмет на отделно доказване. В този дух 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 заключение, 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. За сметка на това няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение.

При спазване на принципа за некумуляване на финансови корекции съгласно разпоредбата на чл. 7 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, при констатирани два или повече случаи на нередност, посочени в приложение № 1, се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ - в случая: 5 %.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на Агенция „Пътна инфраструктура“, не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото следва да бъде отхвърлена, а искането на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение да бъде уважено на основание чл. 143, ал.4 от АПК в размера, посочен в чл. 78, ал. 8 от ГПК, приложим съгласно чл.144 от АПК във вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 25, ал. 1 от Наредба за заплащането на правната помощ /обн., ДВ, бр. 5 от 17.01.06 г. /, като настоящият състав определя възнаграждение в размер на 150 лева, с оглед осъществения обем процесуално представителство.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на УС Г. Т. срещу Решение № РД-02-36-758/27.05.2020г. на Заместник – министъра на регионалното развитие и благоустройството и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма /ОП/ „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция на Агенция „Пътна инфраструктура“ в размер на **14 820 лв. с ДДС** - 5 на сто върху допустимите разходи по договор № BG16RFOP001-7.001-0028-U-01 с рег. № РД 36-4/16.04.2019г. с изпълнител Обединение „Надзор Региони“, на стойност 247 000 лв. без ДДС, по обособена позиция 2.

ОСЪЖДА Агенция „Пътна инфраструктура“, представлявана от Председателя на УС Г. Т. за заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството сума в размер на 150 лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:

