

РЕШЕНИЕ

№ 2262

гр. София, 05.04.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 75 състав,
в публично заседание на 18.03.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Геновева Йончева

при участието на секретаря Наталия Дринова, като разгледа дело номер **1582** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производство по чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление – ЗУСЕФСУ.

Образувано е по жалба на Министерство за здравеопазването, подадена чрез процесуален представител юрк. Д. С., срещу Решение № РД-02-36-62 от 12.01.2024 г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган (Р.) на Оперативна програма „Региони в растеж“ (ОПРРР) 2014-2020 за установяване на нередност и налагане на допълнителна финансова корекция до достигане на 25 % от поисканите за възстановяване разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1 от 24.11.2022 г. с изпълнител „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД. Определената с акта корекцията е в размер на 26 788,68 лв. с ДДС, представляваща 20 % от безвъзмездната финансова помощ (БФП) по горепосочения договор за обществена поръчка и включва: 9 376,04 лв. с ДДС - верифицирана и платена БФП, която следва да се възстанови доброволно от бенефициера, и сумата от 17 412,64 лв. с ДДС, която следва да не се верифицира при процедиране на последващи искания за плащане.

По подробно изложени в жалбата доводи за незаконосъобразност на описаното решение се претендира отмяната му, ведно с присъждане на разноски във вид на юрисконсултско възнаграждение и заплатена държавна такса. Жалбоподателят оспорва фактическите констатации и изводи на Р. за допуснатото нарушение на възлагателната процедура. Акцентира на предмета на сключения с изпълнителя

„АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД договор за обществена поръчка, който съпоставен с по-ранно проведената поръчка за строителство с предмет „Повишаване енергийната ефективност на сградата на „МБАЛ-Първомай“ ЕООД [населено място]”, не разкрива съставомерно сходство и идентичност. Счита, че резултатът от строителните работи по двете поръчки е достатъчен сам по себе си да изпълнява самостоятелна специфична икономическа и техническа функция. Защитната теза е аргументирана и с издадените в процедурите разрешителни документи, различния CPV код на възложените дейности и различната категория на строежите. Отделно жалбоподателят оспорва възприетата от органа правна квалификация на нередността. Ответникът - Р. на ОПРР 2014-2020 г., в с.з., чрез юр. С. оспорва жалбата по съображения, изложени в писмени бележки. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител и не изразява становище по основателността на жалбата.

Административен съд София-град, III отделение, 75-ти състав, като обсъди събраните по делото доказателства, съобрази доводите на страните и на основание чл. 168, ал. 1 АПК извърши служебна проверка на законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, приема за установено следното:

Жалбоподателят – Министерство на здравеопазването, е бенефициер по Договор с № BG16RFOP001-9.001-0002-C01 от 20.05.2022 г. за предоставяне на БФП по ОПРР 2014-2020 г., процедура на директно предоставяне с № BG16RFOP001-9.001 “Мерки за справяне с пандемията“ във връзка с одобрено проектно предложение № BG16RFOP001-9.001-0002-C01 с наименование „Укрепване капацитета на болничната мрежа за реакция при кризи“.

Съгласно чл. 46, ал. 1 от договора бенефициерът изпълнява проекта при условията на Приложение Е2 и Партньорско споразумение (Приложение Д) с партньори, сред които по т. 24 „Многопрофилна болница за активно лечение-Първомай“ ЕООД със седалище и адрес на управление [населено място] 4270, [улица], ЕИК по Булстат:[ЕИК].

За реализацията на проекта, на 15.09.2022 г. „МБАЛ – Първомай“ ЕООД е публикувало под № 00887-2022-0007 в А. обявление за възлагане на обществена поръчка по реда на чл. 20, ал. 3 или ал. 7 от ЗОП - обява за събиране на оферти с предмет: „Изпълнение на СМР за строеж “Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в “МБАЛ ПЪРВОМАЙ“ ЕООД за функция на изолирани помещения КОВИД-19“.

Поръчката е с прогнозна стойност 113 520,00 лв. (без ДДС), като до определения краен срок за подаване на оферти са подадени две оферти от участниците „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД и „НИК СТРОЙ 2000“ ЕООД. За изпълнител е избран „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД, с когото на 24.11.2022 г. е сключен договор с № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1.

Изпълняваният от министерството проект е бил подложен на последваща проверка, като част от одита на операциите на ОПРР през 2023 г., в съответствие с изискванията на член 127 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 и член 27 от Регламент (ЕС) № 480/2014, Одитната стратегия за ОПРР и Годишния одитен план на Одитния орган, Заповед № ОС-ОД-88 от 10.08.2023 г. на ръководителя на Одитния орган - изпълнителният

директор на ИА „Одит на средствата от ЕС“ и Международните одитни стандарти на Г..

Проверката е приключила със съставянето на окончателен доклад № 16, въз основа на който в УО на ОПРР 2014-2020 г. е регистриран сигнал със съмнение за нередност под № 2334, касаещ проведената от „МБАЛ – Първомай“ ЕООД възлагателна процедура.

Сигналът съдържа констатации за извършено нарушение, отразени в писмо изх. № 99-00-6-689 от 14.12.2023 г. Нарушението е описано като „незаконосъобразно разделяне на обществената поръчка“.

Според установяванията на сигналистите проверяваната поръчка е с предмет изпълнение на СМР за строеж „Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в “МБАЛ - Първомай“ ЕООД за функция на изолирани помещения КОВИД-19“, с прогнозна стойност 113 520 лв. без ДДС. Посоченият от възложителя СРV код е 45000000. Съгласно издаденото разрешено за строеж строителството е IV категория.

Според публично достъпната в Централизирана автоматизирана информационна система „Електронни обществени поръчки“ информация, на 05.07.2022 г. възложителят „МБАЛ – Първомай“ ЕООД е публикувал обявление за откриване на процедура на публично състезание с номер в Р. 00887-2022-0006 и прогнозна стойност 730 482,20 лв. без ДДС. Предмет на поръчката е „Повишаване енергийната ефективност на сградата на „МБАЛ-Първомай“ ЕООД [населено място]”, финансирана от Националния доверителен екофонд и включва изпълнение на СМР, съставляващи енергоспестяващи мерки и съпътстващите ги дейности - топлинно изолиране на външни стени, топлинно изолиране на таванска плоча и хидроизолация на покрив и др. Строителството е V категория и попада в СРV код СРV 45321000.

След съпоставка на възложените в двете процедури дейности е прието, че обект на интервенция и при двете поръчки е сградата на МБАЛ - П.. Предметът и на двете възлагания е строителство по смисъла на чл. 3, ал. 1, т. 1 „а“ от ЗОП - изпълнение на строителство, свързано с една от дейностите по приложение № 1. Резултатът от строителните работи и по двете поръчки не е достатъчен сам по себе си да изпълнява икономическа или техническа функция, с оглед на което не е налице хипотезата по чл. 21, ал. 16, т. 1 от ЗОП. Потребността от възлагане на строителството, свързано с промяна на предназначението на част от помещенията на болницата е възникнала към датата на сключване на договора за предоставяне на БФП с № BG16RFOP001-9.001-0002-C01 - 20.05.2022 г., т.е. преди обявяването на поръчката за изолация на сградата. Следователно не е налице и хипотезата по чл. 21, ал. 16, т. 2 от ЗОП.

Констатирано е, че дейностите по двете обществени поръчки представляват интерес на една и съща група икономически оператори, което се потвърждавало от факта, че едно и също лице - „НИК СТРОЙ 2000“ ЕООД е участвало в двете процедури. Същите представляват един предмет на обществена поръчка и подлежат на възлагане по реда, приложим за общата им прогнозна стойност. Общата прогнозна стойност на двете обществени поръчки е 844 002,2 лв. без ДДС и приложимият към нея режим е процедура на публично състезание по реда на чл. 20, ал. 2, т. 1 от ЗОП, по който ред е следвало да се проведе и поръчката с предмет „Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в “МБАЛ - Първомай“ ЕООД“. Посочено е, че при сключване на проверявания

договор възложителят е приложил ред за възлагане, който е относим за по-ниски стойности.

Обобщено е, че е нарушен чл. 21, ал. 14 - 16 от ЗОП. Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 2, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредба за посочване на нередности), за която е предвидена финансова корекция в размер на 25 на сто от разходите по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1 от 24.11.2022 г. с изпълнител „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД.

Наред с това е отчетено, че проверяваната процедура е засегната и от друго нарушение, за което е издадено влязло в сила Решение № РД-02-36-427/13.04.2023 г. за определяне на финансова корекция в размер на 5 % върху разходите по същия договор № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1 от 24.11.2022 г. с изпълнител „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД.

Поради това за настоящата нередност е предложена допълнителна финансова корекция до достигане на 25 % от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия от нарушения договор.

Срещу констатации в сигнала за нередност е депозирано писмено възражение от бенефициера. Същото не е възприето от Р., вследствие на което е издадено оспореното Решение № РД-02-36-62.

Административният орган е потвърдил изводите от извършения контрол на процедурата и е намерил за доказано констатираното нарушение на правилата за възлагане на обществената поръчка. В акта са идентифицирани като нарушени разпоредбите на чл. 21, ал. 14 – 16 ЗОП. Нарушението е квалифицирано по т. 2, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности: „наличие на нередност, описана в буква "а", но е налице публичност за разделените части от поръчката с други подходящи средства за публичност, при условията по т. 1, буква "б" от настоящото приложение.“.

При съобразяване на приложимото национално и общностно законодателство Р. е обосновал становище, че за установеното нарушение не е необходимо да се доказва финансовото му отражение. Съобразено е, че по същата процедура има вече наложена финансова корекция в размер на 5 % върху разходите по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1, поради което с процесното решение е наложена допълнителна финансова корекция до достигане на 25 % от поисканите за възстановяване разходи по същия договор. Отчетено е, че при констатирани нередности, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансови корекции не се натрупва, при което се определя обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент, а именно 25 % от всички допустими разходи или сума в размер на 33 485,85 лв. с ДДС.

Вследствие на това е изчислен размер на подлежащата финансова корекция - 26 788,68 лв. с ДДС, представляваща 20 % от БФП по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1 от 24.11.2022 г. с изпълнител „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД. Сумата включва 9 376,04 лв. с ДДС, представляваща верифицирана и платена безвъзмездна финансова помощ по договора с изпълнител, която следва да се възстанови доброволно от бенефициента, и 17 412,64 лв. с ДДС, които следва да не се

верифицират при процедуриране на последващи искания за плащане.

При тази фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена от активно легитимирано лице - адресат на оспорения индивидуален административен акт, в срока по чл. 149, ал. 1 АПК, вр. чл. 73, ал. 4 ЗУСЕФСУ, поради е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В чл. 9, ал. 1 с.з. е регламентирано, че органи за управление и контрол на средствата от ЕФСУ са управляващите органи, счетоводните органи и одитните органи, като ал. 5 възлага на управляващите органи отговорности във връзка с цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице.

В случая материалната компетентност на издателя на оспореното решение произтича от посочената по-горе нормативна регламентация и чл. 5, ал. 1, т. 10 от Устройствения правилник на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, приет с Постановление № 171 на МС от 16.08.2017 г., съгласно който министърът организира, координира и контролира дейността на управляващия орган на Оперативна програма "Регионално развитие" 2007 – 2013 г. и на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 – 2020 г.

Персоналната компетентност на издателя на акта - А. Т. - Б. – заместник-министър на регионалното развитие и благоустройството, следва от издадената от министъра Заповед № РД-02-14-642 от 15.06.2023 г., с която същата е оправомощена да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Регионално развитие" 2014 – 2020 г., а с това и да издава актове по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ (електронен вариант на заповедта е представен с оптичния диск на л. 4 от делото).

С оглед изложеното съдът намира проверяваното решение за валидно издадено.

Спазено е изискването за писмена форма.

Актът съдържа фактически и правни основания за упражняване на компетентността, които обаче съдът намира, че не кореспондират помежду си.

Съгласно чл. 21, ал. 14 ЗОП изборът на метод за изчисляване на прогнозната стойност на обществената поръчка не трябва да се използва за прилагане на ред за възлагане за по-ниски стойности. Член 21, ал. 15 с.з. съдържа забрана за разделяне на обществените поръчки на части, с което се прилага ред за възлагане за по-ниски стойности. В чл. 21, ал. 16 ЗОП са предвидени следните изключения, при които не се смята за разделяне възлагането в рамките на 12 месеца на две или повече поръчки: 1. с обект изпълнение на строеж или проектиране и изпълнение на строеж; 2. с идентичен или сходен предмет, които не са били известни на възложителя към момента, в който са стартирали действия по възлагането на предходна обществена поръчка с такъв предмет.

В проверяваното решение сочените за нарушени законови норми са идентифицирани

съвкупно по следния начин: "чл. 21, ал. 14 – 16 ЗОП". Същевременно от анализа на цитираните по-горе алинеи на чл. 21 ЗОП се налага извод, че се касае до две различни по съдържание нарушения на предвижданията на ЗОП, поради което съдът намира, че в случая УО не е формулирал точно установеното нарушение. Посоченото в обжалваното решение правно основание – чл. 21, ал. 14 ЗОП, не съответства на фактическите основания в него. Тази разпоредба касае изборът на метод за изчисляване на прогнозната стойност на обществената поръчка. Методите за изчисляване на прогнозната стойност на поръчката са изброени в чл. 21, ал. 1 - ал. 13 ЗОП. В случая административният орган не реферира към нито една от посочените хипотези. Описаната от административния орган фактическа обстановка е относима към разделянето на обществената поръчка, забраната за която е уредено в чл. 21, ал. 15 ЗОП при съвместното тълкуване на нормата с чл. 21, ал. 16 ЗОП.

В обжалвания административен акт липсват мотиви за нарушение на чл. 21, ал. 14 ЗОП, а тази разпоредба е посочена сред нарушените такива. По сходен случай е постановено Решение № 15479 от 14.12.2020 г. на ВАС по адм. д. № 5810/2020 г., VII о., което отразява последователната практика на ВАС, че липсата на кореспонденция между фактическите и правни основания за издаване на акта означава неясно по съдържание волеизявление. В посоченото решение касационната инстанция е категорична, че липсата на правна квалификация, респективно неправилно посочената правна квалификация, представляваща основание за издаване на административния акт, е порок който не може да бъде преодолян от съда чрез тълкуване. Отсъствието на ясно по съдържание волеизявление и посочването на неотнормирано правно основание за формирането му, засяга правото на защита на неговия адресат и пречатства съдебния контрол по съществуването на спора, като констатираният процесуален порок безспорно компрометира законосъобразността на акта.

В конкретния случай обаче съдът не може да не отчете, че в мотивната част на оспореното решение извършеното нарушение е описано по следния начин в болднат текст: „незаконсъобразно разделяне на обществената поръчка“, поради което въпреки неprecизно посоченото правно основание, съдът приема, че органът е имал предвид нарушение на чл. 21, ал. 15 ЗОП. Тази преценка на органа следва да бъде проверена, както и последващата такава за наличие на нередност по избраната от Р. правна квалификация по т. 2, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

В тази насока съдът намира следното:

Според административният орган налице е възлагане на две обществени поръчки със сходен предмет за период, по-малък от 12 месеца. Според установяванията на Р. втората поръчка е възложена по облекчена процедура и е предходна по смисъла на чл. 21, ал. 16, т. 2 ЗОП на договора, сключен за изпълнение на дейностите за повишаване на енергийната ефективност на сградата на МБАЛ. Поръчките са проведени от "МБАЛ - Първомай" ЕООД – в единия случай като бенефициер по Националния доверителен екофонд. Процесната процедура е проведена в условията на партньорство за изпълнение на одобрен проект по ОПРР с бенефициер Министерство на здравеопазването

За да е изпълнен фактическият състав на нарушението по чл. 21, ал. 15 ЗОП е необходимо осъществяването на следните кумулативни предпоставки: 1. да са възложени две или повече поръчки в рамките на 12 месеца; 2. тези поръчки да са със сходен или идентичен предмет; 3. към момента на стартиране на дейностите по

възлагане на първата поръчка възложителят да е наясно, че в рамките на 12 месеца ще трябва да възложи и други поръчки със същия или със сходен предмет; 4. към същия този момент възложителят да е запознат с обстоятелството, че общата стойност на поръчките би била основание за преминаване към друг ред за възлагане, приложим към по-високи стойности на поръчките.

Безспорно, първият обективният елемент е изпълнен – възложителят „МБАЛ – Първомай“ ЕООД е провел две възлагателни процедури в рамките на 12 месеца. Първата поръчка е обявена на 05.07.2022 г. с предмет „Повишаване енергийната ефективност на сградата на „МБАЛ-Първомай“ ЕООД [населено място]”. Втората процедура е открита на 15.09.2022 г. с предмет „Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в „МБАЛ ПЪРВОМАЙ“ ЕООД за функция на изолирани помещения КОВИД-19”.

Съдът намира за установен и вторият елемент на нарушението - налице е съставомерно сходство в предмета на двете обществени поръчки.

Разпоредбата на чл. 3, ал. 1 ЗОП регламентира "обектите на обществените поръчки". Националният законодател е приел да използва понятието "обект" на обществена поръчка, за да дефинира видовете дейности, които могат да бъдат предмет на обществена поръчка. Съгласно разпоредбата това са доставка на стоки, предоставяне на услуги и строителство. Понятието предмет на обществената поръчка не е дефинирано изрично от законодателя, поради което съдържанието на думата следва общоупотребимия български език, т. е. това, върху което е насочена някаква дейност.

Видно от публикуваните в А. документи първата поръчка има следното описание: *„изпълнение на СМР по реализиране на следните енергоспестяващи мерки за сградата, вкл. и съпътстващите ги дейности: MI „Топлинно изолиране на външни стени“ с обща квадратура 2 346 м²; MII. Топлинно изолиране на таванска плоча-1692 м² и хидроизолация на покрив-2418 м²; MIV. Повишаване ефективността на отопление и вентилация, за което се предвижда: Доставка и монтаж Система за автоматично регулиране - контролер за управление на котелна инсталация; подмяна на съществуващите 175 броя чугунени радиатори с алуминиеви; подмяна на тръбната мрежа-3000 м; Доставка и монтаж на 1 брой топлинен акумулатор с изолация 2500 л с една серпентина за отоплителна инсталация; Доставка и монтаж на 30 броя вакуумно-тръбни колектори“.*

Втората поред възложена поръчка има следното описание: *„Законосъобразно, качествено и срочно започване, изпълнение и завършване на строителството, включително доставка на строителни продукти, механизация, работна сила и всякакви услуги и дейности, необходими за изпълнение на строителството - „Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в “МБАЛ - Първомай“ ЕООД за функция на изолирани помещения КОВИД-19“, в съответствие с техническите спецификации, ЗУТ и подзаконовите нормативни актове по прилагането му, както и всички други действащи нормативни документи, имащи отношение към изпълняваните ремонтни работи ...“.*

Съпоставката на даденото за двете поръчки описание сочи, че дейностите по тях съставляват сходни строително-монтажни работи, които се вписват в дефиницията на § 5, т. 40 от ДР на ЗУТ, според която "Строителни и монтажни" са работите, чрез които строежите се изграждат, ремонтират, реконструират, преустройват, поддържат

или възстановяват. В конкретния случай и по двете поръчки се възлагат дейности по реконструкция и преустройство, които са в тясна икономическа и функционална връзка, белег за което е обстоятелството, че се отнасят до един и същ обект – сградата на „МБАЛ – Първомай“ ЕООД, независимо, че първата поръчка касае външните стени и покрива на сградата, а втората – отделни помещения от централния ѝ корпус. Поради това и с оглед характера на възложените дейности, същите е могло да се обединят в една обществена поръчка. Обратното би довело до изкуствено занижаване на установените в чл. 20 ЗОП стойностни прагове, а оттам и до ограничаване на приложното им поле.

Друго не следва и от цитираната в жалбата практика на Съда на ЕС, която не отрича, че произволното раздробяване на отделни обществени поръчки за услуги е в противоречие със свободното движение на услуги и би увредило честната конкуренция в рамките на Съюза.

При това положение стойността на втората поред обществена поръчка е следвало да се изчисли според общата стойност на извършените в рамките на проекта за енергийна ефективност строително-монтажни работи. В този случай посочената в чл. 20, ал. 3, т. 1 ЗОП прогнозна стойност по втората поръчка е щяла да бъде надхвърлена и възложителят е следвало да проведе процедурата по реда, избран за първата поръчка. В случая не е спорно, че общата прогнозна стойност на двете обществени поръчки е 844 002,20 лв. без ДДС и приложимият към нея ред е процедура на публично състезание по реда на чл. 20, ал. 2, т. 1 от ЗОП, каквато е приложена за първата поръчка.

Водещ фактор за разделянето на една обществена поръчка, респ. основание да се търси обединяване, е идентичността или сходството на възлаганите дейности. Възлагането на поръчки със сходен или еднакъв предмет, имащо за цел прилагането на по-лек процедурен ред, съставлява нарушение на по смисъла на чл. 21, ал. 15 ЗОП. Ето защо, всички поръчки със сходен или еднакъв предмет, които са предварително планирани (т.е. известни на възложителя) към момента, в който стартира възлагането на конкретна обществена поръчка или са обявени през предходните 12 месеца, трябва да са възложени по реда, съответстващ на сумата от техните прогнозни стойности. Действително това изискване не задължава възложителя да проведе една процедура, но в този случай възлагането на отделните поръчки следва да се съобразено с приложимия праг в съответствие с общата им прогнозна стойност.

Ако след датата на откриване на дадена процедура по ЗОП за възложителя възникват нови потребности от еднакви и/или сходни дейности, той има право да третира нововъзникналите му потребности като нова обществена поръчка. Тя ще подлежи на възлагане по ред, съответстващ на собствената ѝ стойност, без към нея да се натрупват стойността на предходната обществена поръчка с еднакъв или сходен предмет, но само ако възложителят докаже, че отделните потребности са възниквали последователно в хода на годината и не са били предварително известни.

Конкретният случай е точно такъв, като съдът не споделя становището на Р., че за втората поред поръчка, финансирана по ОПРР, датата на подписване на договора за БФП – 22.05.2022 г. определя момента на възникване на необходимостта от провеждане на поръчката с предмет „Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в „МБАЛ- Първомай“ ЕООД за функция на изолирани помещения КОВИД-19”.

Както се посочи, съгласно чл. 46, ал. 1 от Договора за предоставяне на БФП с №

BG16RFOP001-9.001-0002-C01 от 20.05.2022 г. бенефициерът – Министерство на здравеопазването, изпълнява проекта при условията на Приложение Е2 и Партньорско споразумение (Приложение Д) с партньори, сред които по т. 24 „Многопрофилна болница за активно лечение-Първомай“ ЕООД. Съгласно чл. 42 от Договора бенефициерът представя на УО за информация график за провеждането на процедурите за възлагане на обществени поръчки в срок до 5 (пет) работни дни след влизането в сила на договора. Отделно по силата на чл. 36, ал. 1 бенефициерът се е задължил в срок до 3 (три) месеца от датата на влизане в сила на договора, т. е до 20.08.2022 г. да обяви всички процедури за избор на изпълнители. Според алинея 2, в случай че в срок до 3 (три) месеца от датата на влизане в сила на административния договор бенефициентът не е обявил всички процедури за избор на изпълнители по проекта, УО изпраща предизвестие до бенефициента, в което поставя срок от 1 (един) месец за обявяване на процедурите.

С административната преписка не е представено сключено с „МБАЛ - Първомай“ ЕООД партньорско споразумение, но от публикуваната от възложителя обява за поръчката с предмет „Промяна предназначение на част от рентгенови кабинети, болнична стая и интензивен сектор на трети етаж в централен корпус в „МБАЛ - Първомай“ ЕООД за функция на изолирани помещения КОВИД-19” се установява, че такова е подписано с № РД-13-743 и е с дата 27.10.2022 г., последваща датата на обявяване на поръчката за изолация на сградата на МБАЛ (виж раздел II, т. II.2.8, л. 75 от делото). Именно от тази дата следва да се приеме, че „МБАЛ – Първомай“ ЕООД е имало знанието, уверението и готовността да възложи поръчката за преустройство на помещенията от централния корпус на болницата. Анализът на клаузите от сключения от министерството договор за предоставяне на БФП не дават основание да се възприеме извода на Р., че потребността от възлагане на строителството е възникнала от датата на договора за БФП от 20.05.2022 г. Към тази дата, а и към м. юли 2022 г., възложителят „МБАЛ – Първомай“ ЕООД обективно не е могъл да прогнозира предстоящото възлагане на СМР, които да ги обедини в една обща поръчка с дейностите по изолация на сградата.

С оглед изложеното съдът намира, че не е доказана третата материалноправна предпоставка, относима към нарушението на чл. 21, ал. 15 ЗОП. А дори и да беше, отново актът се явява незаконосъобразен поради следното:

Установеното нарушение на чл. 21, ал. 15 ЗОП е квалифицирано като нередност по т. 2 от Приложението към чл. 2, ал. 1 Наредбата, чиито фактическият състав изисква поръчката за строителство или доставка и/или услуги да е разделена, в резултат на което за всяка част да е приложен ред за възлагане, относим за по-ниски прогнозни стойности, като в изборния от органа привилигиран състав на нередността по буква „б“ е необходимо да е налице публичност за разделените части от поръчката с други подходящи средства за публичност, при условията по т. 1, буква "б" от настоящото приложение.

Разграничителният критерий между двете хипотези на буква „а“ и буква „б“ на т. 2 е степента на ограничение на изискуемата публичност, но и в двете хипотези, за да е налице нередност по посочената точка, е необходимо обществената поръчка да е незаконосъобразно разделена на части и за всяка част да е приложен облекчен ред за възлагане.

В настоящия случай втората кумулативна предпоставка на нередността не е налице. За първата поръчка е проведена процедура за избор на изпълнител по реда на чл. 20,

ал. 1, т. 12 ЗОП - публично състезание, който ред за възлагане би бил приложим и ако двете дейности бяха обединени в една процедура. Следователно облекченият ред за възлагане е приложен само за едната част от разделената обществена поръчка. Това означава, че независимо от доказаното нарушение на чл. 21, ал. 15 ЗОП, същото не попада в категорията нередност по т. 2, буква б) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, поради което извършената от органа квалификация по тази точка е неправилна. В този смисъл: Решение № 7676 от 25.06.2021 г. на ВАС по адм. д. № 1971/2021 г., VII о. и Решение № 2099 от 22.02.2024 г. на ВАС по адм. д. № 10378/2023 г., VII о. В цитираната съдебна практика е застъпено становището, че по аргумент от чл. 70, ал. 2 ЗУСЕФСУ не всяка нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 с.з. е основание за определяне на финансова корекция, а само тази, за която законодателят изрично е предвидил такава възможност в Приложение № 1 на чл. 2, ал. 1 на Наредбата. Несъответствието на нередността с приетата от органа квалификация на нередността прави незаконосъобразно волеизявлението му.

В обобщение съдът намира, че проверяваният акт е незаконосъобразен на три основания – некореспондиращи помежду си фактически и правни основания за упражняване на компетентността, липса на кумулативно предвидените материалноправни предпоставки, относими към макар и непрецизно обозначеното от органа нарушение на чл. 21, ал. 15 ЗОП и неустановеност на фактическия състав на избраната нередност по т. 2, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Дължимата е отмяна на оспореното решение за налагане на допълнителна финансова корекция в размер на 26 788,68 лв. с ДДС, представляваща 20 % от БФП до достигане на 25 % от поисканите за възстановяване разходи по договор № BG16RFOP001-9.001-0002-S-1 от 24.11.2022 г. с изпълнител „АКВА КОНСТРУКТ ГРУП“ ЕООД.

При този изход на спора и на основание чл. 143, ал. 1 АПК своевременно заявеното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на разноски е основателно. Същите възлизат общо в размер на 367,88 лв., от които 267,88 лв. - заплатена ДТ, и 100,00 лв. - юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78, ал. 8 от Гражданския процесуален кодекс във вр. с чл. 25, ал. 1 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд – София-град, III отделение, 75-ти състав,

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-62 от 12.01.2024 г. на заместник-министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020.

ОСЪЖДА Министерство на регионалното развитие и благоустройството да заплати на Министерство на здравеопазването, разноски за настоящата съдебна инстанция в размер на 367,88 лева (триста шестдесет и осем лева и 88 стотинки).

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България в 14-дневен срок от съобщението за

изготвянето му.

Същото да се съобщи на страните с изпращане на препис по реда на чл. 137 АПК.

СЪДИЯ: