

РЕШЕНИЕ

№ 7689

София, 12.08.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Седмо отделение , в съдебно заседание на шести юни две хиляди и двадесет и втора година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ДАНИЕЛА МАВРОДИЕВА

ЧЛЕНОВЕ: КАЛИНА АРНАУДОВА
ВЕСЕЛА АНДОНОВА

при секретар Антоанета Иванова и с участието
на прокурора Симона Попова изслуша докладваното
от съдията Калина Арнаудова
по административно дело № 1945 / 2022 г.

Производството е по реда на чл. 208 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по касационна жалба на Община Свищов, с адрес на управление: гр. Свищов, ул. „Цанко Церковски“ № 2, срещу Решение № 394 от 30.12.2021 г. на Административен съд – Велико Търново (АСВТ) по адм. дело № 299/2021 г., в частта с която съдът е отхвърлил жалбата й срещу Решение № РД-02-36-654 от 28.04.2021 г. на ръководителя на Управляващия орган (РУО) на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 (ОПРР), с което са установени шест нарушения на Закона за обществените поръчки (ЗОП), представляващи нередности и е определена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-1.036-0006-C01-S-1 от 11.06.2020 г. със „Солей 06“ ООД с предмет „Изпълнение на инженеринг – проектиране, изпълнение на СМР и осъществяване на авторски надзор по време на строителството на 27 броя социални жилища в град Свищов“, и я е осъдил за разноски.

Касационният жалбоподател счита обжалваното решение за неправилно, постановено в нарушение на материалния закон и необосновано – касационни основания по чл. 209, т. 3 АПК.

Във връзка с нарушението по т.1.3. от оспореното пред АСВТ решение на РУО на ОПРР, прието от съда за осъществено, касаторът твърди, че съдът неправилно приема, че е налице нарушение, изразяващо се в изискване към кандидатите при подаване на документите да представят документ за призната специалност на ръководителя на екипа, в хипотеза на лице придобило специалност извън територията на страната. Сочи, че съгласно чл. 63, ал. 1 ЗОП определяните от възложителя критерии за подбор имат за цел да установят, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, а не избрания изпълнител на етап сключване на договора – установяването, че лицето не отговаря на изискванията едва на този етап обезсмисля провеждането на процедурата за възлагане на обществената поръчка. Допълва, че съгласно чл. 64, ал. 1 ЗОП документите за доказване на съответствието се представят от кандидатите или участниците, а не от вече избрания изпълнител, а наред с това е предвидена и възможността същите да се позоват на капацитета

на трети лица за доказване съответствието с поставените критерии за технически и професионални способности и професионална компетентност при спазване изискванията на чл. 65 ЗОП. Въз основа на анализ на относимите разпоредби на Закона за устройство на територията (ЗУТ), Закона за признаване на професионалните квалификации (ЗППК) се твърди, че право да упражняват професиите „архитект“ и „инженер в инвестиционното проектиране“ имат само чужденци и граждани на държави членки на Европейския съюз, или на други държави – страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, на които е призната професионалната квалификация по реда на ЗППК, като дейността се извършва при условията на Закона за камарите на архитектите и инженерите в инвестиционното проектиране (ЗКАИИП) т.е. при призната пълна проектантска правоспособност. Допълва, че възложителят е използвал формулировката „еквивалентна образователна степен“, което не покрива смислово съдържанието на изискването за пълна проектантска правоспособност – притежаването на завършена специалност в чуждо учебно заведение, където същата е наименувана по друг начин или обхваща същата област на знанието, не е достатъчно за надлежно удостоверяване на придобита пълна проектантска правоспособност на чуждестранните участници, тъй като при всички случаи следва да е налице удостоверение за вписване в Камарата на инженерите в инвестиционното проектиране (КИИП). По изложените съображения намира поставеното от възложителя изискване за съответно на специалната национална и общностна нормативна уредба относно упражняването на процесната регулирана професия, включително в хипотезата на еднократност или временен характер на предоставянето на услуги, съответно същото няма ограничителен характер.

Във връзка с нарушението по т. 1.4 от акта счита за неправилен извода на съда за нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 и ал. 5 ЗОП, чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във вр. с чл. 60, ал. 1 ЗОП и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП – технически и професионални възможности, относно длъжността „технически ръководител“.

Във връзка с другото, прието за осъществено от съда нарушение, по т.1.6. от акта, касаторът намира извода на съда за незаконосъобразно избран изпълнител за неправилен, тъй като не е налице непълнота в техническата документация на изпълнителя. Твърди, че предвиденото в идейния проект благоустрояване на околното пространство се изразява в осигуряване на необходимия брой паркоместа и достъпна среда, като в строителната програма на определения изпълнител в т. 1.4 Организация на дейностите при изпълнение на поръчката, под т. 6 е посочено изграждане на рампа за инвалиди, а под т. 20 – изграждане на паркинг от бетонови решетки на тревна фуга, като същите дейности присъстват и в линейния календарен график. Съдът не е мотивирал заключението си, че за изграждането на паркинга и рампата следва да е налице инвестиционен проект, като се аргументира, че съгласно чл. 37, ал. 4 ЗУТ с инвестиционен проект се осигуряват необходимите места за паркиране в сгради с режим етажна собственост, а процесният обект е обществено-обслужваща сграда. Изискването на ЗУТ не може да се тълкува разширително, според касатора. неправилен намира и извода на съда, че от участника, определен за изпълнител, не е разгледан подробно риска по отношение на дейностите, продиктувани от протести, жалби и/или други форми на негативна реакция. Счита, че направеното в края на техническото предложение заявление, че ще бъде идентифициран всеки потенциален риск, както и ще бъдат взети мерки за намаляване на отрицателното им въздействие по проекта, сочи, че участникът има яснота и готовност как да се справи с всеки един риск, включително и евентуални трудности, продиктувани от

протести, жалби или други негативни реакции. Допълва, че изводът на съда, че това заявление не изпълнява посочените от възложителя изисквания, не почива на никакво правно основание.

Касаторът споделя като правилен извода на съда по отношение на третата група фактически обстоятелства, обусловили извода на административния орган за незаконосъобразно определен за изпълнител участник и отнасящи се до липса на информация в представените от него удостоверения за добро изпълнение във връзка с доказване на придобит опит в изпълнението на СМР в частта за изграждане на достъпна среда.

Оспорва извода, че е налице нередност, за която се предвижда налагане на финансова корекция в размер на 25%, като счита, че размерът на общата финансова корекция следва да бъде намален на по-нисък такъв.

Моли съда да отмени решението в частта, с която е отхвърлена жалбата на Община Свищов и да отмени в тази част решението на РУО на ОПРР. Алтернативно моли същото да бъде изменено като се намали размера на определената финансова корекция. Претендира разноски по делото. Касаторът се представлява от адв. Е. Кънева.

Ответникът по касационната жалба – ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, счита същата за неоснователна. Излага възражения по доводите на касатора съответни на мотивите на оспорения административен акт.

Прави искане съдът да остави в сила обжалваното решение. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение. Ответникът се представлява от юрисконсулт Д. Димова-Велинова..

Представителят на Върховната административна прокуратура дава заключение за неоснователност на касационната жалба.

Върховният административен съд (ВАС), седмо отделение, като обсъди твърденията и доводите на касатора и възраженията на ответника и провери обжалваното решение, с оглед на правомощията си по чл. 218, ал. 2 АПК, намира за установено от фактическа и правна страна следното:

Касационната жалба е допустима – подадена е в срока по чл. 211 АПК, от надлежна страна и срещу подлежащ на обжалване съдебен акт.

Разгледана по същество касационната жалба е неоснователна.

С обжалваното решение съдът е отменил оспореното пред него решение в частта, в която е установено нарушение на чл. 2, ал. 2, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 6 ЗОП във вр. чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите (ЗКС) (по т.1.1. от акта); на чл. 2, ал. 2 във вр. чл. 61, ал. 1, т. 1 ЗОП във вр. § 2, т. 67 от ДР на ЗОП (по т.1.2. от акта); на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (по т.1.5. от акта), отхвърлил е жалбата на общината в останалата част и я е осъдил за разноски. В отменителната част решението не се обжалва.

За да постанови обжалваното решение административният съд е приел от фактическа страна, следното:

На 10.06.2020 г. между Община Свищов и Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 е сключен административен договор за предоставяне на

безвъзмездна финансова помощ за проект с рег. № BG16RFOP001-1.036-0006 и наименование „Изграждане на социално жилище в град Свищов“, на обща стойност 842 091.66 лв., при 100% интензитет на безвъзмездната финансова помощ.

За изпълнение на проекта на 24.01.2020 г. от възложителя – зам. кметът на Община Свищов, упълномощен със Заповед № 63-РД-01-03 от 20.01.2020 г. на кмета, открива открита по вида си процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Изпълнение на инженеринг - проектиране, изпълнение на СМР и осъществяване на авторски надзор по време на строителството на 27 броя социални жилища в град Свищов“.

В раздел III.1.1 от обявлението за поръчка „Годност за упражняване на професионалната дейност, включително изисквания във връзка с вписването в професионални или търговски регистри“ (неточно посочено в съдебното решение като III.1.3.) е поставено изискване: „Участникът трябва да е регистриран в Централния професионален регистър на строителя (ЦПРС) за изпълнението на строежи и да притежава удостоверение за тях, съгласно Закона за камарата на строителите, обн. ДВ, бр. 108/29.12.2008 г и чл. 5 от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя, а за чуждестранни лица – в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени, както следва: За извършване на строително - монтажни работи на строеж: четвърта категория или по-висока съгласно ЗУТ“.

В раздел III.1.2. от обявлението „Икономическо и финансово състояние“ е поставено изискване: „Участникът да е реализирал минимален общ оборот в размер не по - малък от 1 500 000,00 (един милион и петстотин хиляди) лв. без ДДС, изчислен на база годишните обороти на участника, включително минимален оборот в размер на 900 000,00 (деветстотин хиляди) лв. без ДДС в сферата на строителството на сгради - ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт, и/или преустройство на сгради. Изискуемите обороти следва да са реализирани през последните три приключили финансови години в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността си“.

В раздел III.1.3. от обявлението „Технически и професионални възможности“ е поставено условие участникът да разполага с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, със следните изисквания към лицата: „А) Ръководител екип, който: - да притежава висше образование, със специалност „Строителство на сгради и съоръжения“, „Архитект“ или еквивалент съгласно изискванията на Наредбата за условията и реда за признаване на правоспособност в областта на устройственото планиране и инвестиционното проектиране на лица с професионална квалификация „инженер“ или „Архитект“, придобита в държава - членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети държави, приета с ПМС № 219 от 17.10.2005 г.“ и „Б) Технически ръководител, който да отговаря на изискванията чл.163а от ЗУТ“.

В раздел V Общи изисквания към материалите включени в техническото предложение на участника и предвидени за влагане в обекта, т. А Технически изисквания към интегрираната топлоизолационна система или комплекти да отговаря на Евроклас В по реакция на огън (съгласно EN 13501-1), са изброени минималните технически характеристики на компонентите, като: Фасадните топлоизолационни плоскости, както и крайното покритие следва да отговарят на следните изисквания за реакция на огън: 1.1. EPS (експандиран

пенополистирен), фасаден – Евроклас Е, съгласно EN 13501-1; 1.2. XPS (екструдирани пенополистирен), с релефна повърхност, по цокъл, страници прозорци и др. – Евроклас Е, съгласно EN 13501-1; 1.3. Минерална вата – съгласно изискванията по част ПБ и съгласно архитектурния проект – Евроклас А1, съгласно БДС EN 13501-1; 7. Крайно покритие – силикатна мазилка със зърнометрия >2 мм – Евроклас А2-s1, d0 (съгласно EN 13501-1).

Към техническото предложение възложителят изисква да бъдат приложени документи, доказващи техническите характеристики на строителните продукти или комплекти, посочени в раздел V, като под „приложен документ“ следва да се разбират Декларации за експлоатационни показатели, издадени по реда на Регламент № 305/2011 на Европейския парламент и Съвета от 9 март 2011 г. При липса на хармонизирани стандарти за продуктите, същите следва да са придружени със съответните документи в съответствие с Наредба № РД-02-20-1 от 5 февруари 2015 г. за условията и реда за влягане на строителни продукти в строежите в Република България.

В документацията за поръчката изрично е предвидено отстраняване от по-нататъшно участие на оферта, като неотговаряща на предварително обявено условие, в случай че техническото предложение на участник не съдържа някое от изброените приложения или съдържа приложения, които не съответстват на изискванията на техническата спецификация, ако в същите е допуснато вътрешно противоречие, касаещо последователността и взаимнообвързаността на предлаганите дейности по изпълнение на поръчката, както и ако линейният календарен график (ЛКГ) показва технологична несъвместимост на отделните дейности и операции, както и противоречие със строителната програма, техническата спецификация или други условия, заложи в процедурата или в нормативен документ, уреждащ строителните процеси, както и ако ЛКГ и/или строителната програма на участника имат липсващи изискуеми показатели, показват технологична несъвместимост на отделните строителни операции, както и противоречие с техническата спецификация или други условия, заложи в процедурата или нормативен документ, уреждащ строителните процеси.

Документацията по процедурата е публично достъпна на електронната страница на общината: <https://op.svishtov.bg/index.php/site/index?order=269>

На 04.05.2020 г. с Решение № 584-РД-01-03 на зам. кмета на Община Свищов за изпълнител на обществената поръчка е определен „Солей 06“ ООД, с което дружество е сключен Договор № BG16RFOP001-1.036-0006-C01-S-1 от 11.06.2020 г. на стойност 869 725,16 лв. без ДДС, съответно 1 043 670,19 лв. с ДДС.

На 19.03.2021 г. РУО на ОПРР уведомява Община Свищов за регистриран сигнал за нередност № 1692 и откриване на процедура за определяне на финансова корекция по сключения договор.

На 06.04.2021 г. Община Свищов представя възражение.

На 28.04.2021 г. с Решение № РД-02-36-654 РУО на ОПРР на основание чл. 73, ал. 1 във чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ определя на Община Свищов финансова корекция в размер на 25% върху всички допустими разходи по Договор № BG16RFOP001-1.036-0006-C01-S-1/11.06.2020 г. със „Солей 06“ ООД, изчислена в размер на 260 917,55 лв. с ДДС, за нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 6 ЗОП във вр. чл. 3, ал. 3 ЗКС (т.1.1. от решението); на чл. 2, ал. 2 във вр. чл. 61, ал. 1, т. 1 във вр. § 2, т. 67 от ДР на ЗОП (т.1.2. от решението); на чл. 2, ал. 2 и чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във вр. чл. 60, ал. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП

(т.1.3. от решението); на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2, чл. 68, ал. 4 и 5 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.4. от решението); на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.5. от решението); на чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.6. от решението), квалифицирани като нередности по т. 10, б. „б“ (по т.1.3. и 1.4.), по т. 11, б. „б“ (по т.1.1., 1.2. и 1.5.) и по т. 14 (по т.1.6.) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата).

В хода на съдебното производство органът представя Заповед № РД-02-14-357 от 14.04.2021 г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството, с която издателят на акта е определен за ръководител на Управляващия орган на ОПРР.

По делото е прието заключение на съдебно-техническа експертиза, предметът на която има отношение към констатираното от органа нарушение по т.1.5. от административния акт.

Въз основа на така установените по делото факти първоинстанционният съд приема от правна страна, че оспореното решение е издадено от компетентен орган, в исканата от закона писмена форма, при спазване на административнопроизводствените правила. Материалната законосъобразност на оспореното решение е преценена в контекста на установените от административния орган шест нарушения, представляващи основание за определяне на финансова корекция в условията на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ.

Съдът приема, че не е налице нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 6 ЗОП във вр. чл. 3, ал. 3 ЗКС (по т.1.1.), на чл. 2, ал. 2 във вр. чл. 61, ал. 1, т. 1 във вр. § 2, т. 67 от ДР на ЗОП (по т.1.2.) и на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.5.), квалифицирани като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), съответно няма основание за определяне на финансова корекция.

По отношение на нарушението на чл. 2, ал. 2 и чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във вр. чл. 60, ал. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.3. от решението) съдът приема, че поставеното изискване към участниците при подаването на офертата да представят документ за призната специалност на ръководителя на екипа, в хипотеза на придобиването ѝ извън територията на страната и без наличие на сигурна възможност за такава дейност, представлява допълнително условие към неустановени на територията на страната оператори, което ограничава конкуренцията, тъй като не се отнася за всички оператори и въвежда допълнителна административна и ресурсна тежест за участниците.

По отношение на нарушението на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2, чл. 68, ал. 4 и 5 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (по т.1.4 от решението) съдът приема, че изискването техническият ръководител да отговаря на чл. 163а ЗУТ, без други уточнения, означава, че предложеното лице трябва да отговаря на всички условия на законовия текст, като същото е дискриминационно и ограничаващо конкуренцията. Сочи, че е възможно към поръчката да проявят интерес лица, които към момента на подаване на офертата нямат назначени по

трудова договор технически ръководители или тези технически ръководители са придобили образованието си извън страната, поради което поставеното изискване за наличието на такъв договор или призната специалност към момента на подаване на офертата е утежняващо и ограничаващо условие, което може да доведе до отказ от участие.

Във връзка с третото, сочено от органа за осъществено от бенефициера (по смисъла на чл. 2, т. 10 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, Регламент (ЕС) № 1303/2013) нарушение на чл. чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.6. от решението) съдът излага своите заключения по отношение и на трите групи фактически обстоятелства, обусловили извода на административния орган.

Приема за основателни доводите на жалбоподателя, че в представените от участника, определен за изпълнител, удостоверения за добро изпълнение се съдържат данни за изграждане на елементи на достъпна среда, освен това и двата обекта са изградени при действието на Наредба № 4 от 1 юли 2009 г. за проектиране, изпълнение и поддържане на строежите в съответствие с изискванията за достъпна среда за населението, включително за хората с увреждания (обн. ДВ бр. 54/2009 г., отм. ДВ бр. 12/2021 г.). Сочи, че при нормативно въведено задължение към всички нови сгради за осигуряване на достъпна среда, то посочването на изпълнение на строителството при спазване на всички законови изисквания е достатъчно да удостовери обстоятелството, че опитът включва и СМР за осигуряване на достъпна среда. По изложените съображения заключава, че участникът отговаря на поставения от възложителя критерий за подбор, свързан с опит в изпълнението на идентични или сходни дейности и не е налице нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП.

Съдът приема, че установената от административния орган непълнота в техническото предложение на избрания изпълнител се установява от доказателствата по делото. Не споделя аргумента на жалбоподателя, че предвидените в линейния календарен график (ЛКГ) дейности по част „Геодезия и вертикална планировка“ са достатъчни, тъй като условието на възложителя е за предвиждания в строителната програма и линейния график по частите „Геодезия и вертикална планировка“ и „Паркоустройство и благоустройство“. Сочи, че строежът на паркинг и рампа също представляват благоустроителни дейности на околното пространство, поради което следва и за тях да е налице инвестиционен проект.

Съдът намира за правилен и извода на органа по отношение на третото фактическо обстоятелство, представляващо несъответствие на техническото предложение на „Солей 06“ ООД с предварително обявените условия на възложителя. Сочи, че след като възложителят е предвидил задължително разглеждане в предложението на проявлението и сферите на влияние на посочените в техническата спецификация рискове, мерки за недопускане/предотвратяване на рисковете и мерки за преодоляване на последиците при настъпване на риска, а един от тези рискове е трудности при изпълнението на дейностите, продиктувани от протести, жалби и/или други форми на негативна реакция, то този риск следва да бъде разгледан от участника в строителната му програма и заявлението, че

изпълнителят ще предотвратява, анализира и минимализира всички останали рискове, не е достатъчно да изпълни поставените от възложителя изисквания.

По изложените съображения съдът достига до извода, че е налице нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП, тъй като посочените пропуски в офертата на участника са основание за отстраняването му.

Съдът приема, че нарушенията по т.1.3, 1.4. и 1.6. от административния акт осъществяват и третия елемент на фактическия състав на нередността – вредата, както и че правилно са квалифицирани от органа като нередности т. 10, б. „б“ и т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. За правилен се приема и определеният процентен показател на корекцията в размер на 25% от допустимите разходи по засегнатия договор, с оглед установяването на повече от едно нарушение, което осъществява състава на нередност.

Въз основа на горното съдът прави извод за частична основателност на жалбата в частта, с която са установени нарушения на ЗОП по т.1.1., 1.2. и 1.5. от решението, и неоснователност на същата в частта на установените нарушения по т.1.3., 1.4. и 1.6. от решението, които обуславят определянето на 25% финансова корекция, като я отхвърля в тази част.

Касационната инстанция, преди произнасянето си по съществото на спора, намира за необходимо да направи следните уточнения:

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в „Държавен вестник“. Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, когато са установени две или повече нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ се определя една финансова корекция за всички нередности, които засягат един и същ допустим разход. Размерът на дължимата от бенефициера финансова корекция е равен на размера на най-високия процентен показател, приложен за определяне на размера на финансовата корекция за всяка от нередностите, установени с акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ.

В акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1

ЗУСЕФСУ визираща. Но така установеното основание – наличието на нередност, има само установително действие, не и само по себе си разпоредително, тъй като без определен (определяем) размер на финансовата корекция не може да възникне задължение за нея. С оглед на това едва след определянето и на размера на финансовата корекция за всяка от установените нередности и след преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ органът ще разпорежи (задължи) бенефициера да изпълни една от определените финансови корекции, т.е. задължение за бенефициера създава разпоредителната част на акта, която определя въз основа на правилото на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ размер на дължимата от всички определени по основание и размер финансови корекции. Именно това е ликвидното – определено по основание и по размер, задължение, което се възлага на бенефициера с решението по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ.

Когато се установи липса на нередност за едно от посочените в акта нарушения, а по отношение на останалите се установи, че е налице нередност, то това е само едно от нарушенията, посочени в мотивите на акта за определяне на финансовата корекция. То не е част от неговата разпоредителна част, не поражда самостоятелно правни последици, не съставлява само по себе си отделен предмет, годен за обжалване, и следователно не подлежи на самостоятелна отмяна.

В съответствие с изискването на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ за определяне на една финансова корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, установената от съда липса на нередност за част от нарушенията не води до промяна на определения размер на финансовата корекция. Поради това не е следвало съдът да отменя изрично Решение № РД-02-36-654 от 28.04.2021 г. на РУО на ОПРР, в частта относно установените нарушения на чл. 2, ал. 2, т. 1 и 2 и ал. 2 и чл. 59, ал. 6 ЗОП във вр. чл. 3, ал. 3 ЗКС (по т.1.1. от акта); на чл. 2, ал. 2 във вр. чл. 61, ал. 1, т. 1 ЗОП във вр. § 2, т. 67 от ДР на ЗОП (по т.1.2. от акта); на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (по т.1.5. от акта). Решението, в посочената част, се явява недопустимо, но не е обжалвано от органа и е влязло в сила в тази част. Поради това то не може да бъде обезсилено. Влязлото в сила решение препятства съда да извърши проверка на законосъобразността му, в частта относно приетата с него липса на част от установените от органа нередности .

Решението, в обжалваната част, е правилно.

С оглед наведените от касатора твърдения и доводи, спорът по делото се свежда до наличието на един от елементите на фактическия състав на нередността – нарушението на приложимото право на Съюза и свързаното с него национално право.

По нарушението на чл. на чл. 2, ал. 2 и чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във вр. чл. 60, ал. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.3. от решението):

Правилен е изводът на административния орган, възприет и от съда, че по начина на формулиране поставеното от възложителя изискване към ръководителя на екипа – като част от персонала и/или ръководния състав, с който участникът следва да разполага, е дискриминационно по отношение на участници, които биха могли да предложат експерти – чужди граждани.

Възложителят е изискал ръководителя на екипа да „притежава висше образование, със специалност „Строителство на сгради и съоръжения“, „Архитект“ или еквивалент съгласно изискванията на Наредбата за условията и реда за признаване на правоспособност в областта

на устройственото планиране и инвестиционното проектиране на лица с професионална квалификация „инженер” или „Архитект“, придобита в държава - членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети държави, приета с ПМС № 219 от 17.10.2005 г.“

Несъответен на фактите е доводът на касатора, че възложителят е изискал еквивалентна образователна степен, което не покрива смислово съдържанието на изискването за пълна проектантска правоспособност. Изразът „или еквивалент“ е поставен след професионалната квалификация „архитект“, а не след словосъчетанието „висше образование“, от една страна, а от друга – съществува не само смислова, но и обусловена от съдържанието и законовата регламентация разлика между понятията „образователно-квалификационна степен“ и „професионална квалификация“. Съгласно чл. 42 от Закона за висшето образование (ЗВО), висшето образование е система за организирано обучение в три отделни степени: бакалавър, магистър и образователна и научна степен „доктор“ след придобита образователно-квалификационна степен „магистър“. Законът за професионалното образование и обучение (ЗПОО) дава легални дефиниции на понятията "професионална квалификация" и "степен на професионална квалификация". Съгласно § 1, т. 5 от ДР на ЗПОО, "професионална квалификация" е квалификация по професия или по част от професия, която включва съвкупността от професионални компетенции и необходимите за тяхното формиране общообразователни знания и умения, а "степен на професионална квалификация" е обемът и съдържанието на професионални компетенции и необходимите за тяхното формиране общообразователни знания и умения. За придобиване на съответната степен на професионална квалификация е необходима определена образователна степен, но видно от дефиницията, тя включва и съвкупност от определени професионални компетенции, необходими за упражняване на определена професия или част от професия. Наред с това, съгласно дефиницията на „регулирана професия“, дадена в § 1, т. 1 от ДР на Закона за признаване на професионални квалификации (ЗППК), притежаването на специфична професионална квалификация се разглежда като едно от нормативно уредените условия за упражняването на такава професия, когато същата е възприета от законодателя като обществено значима и/или е от съществено значение за живота и здравето на хората, наред с правоспособността и/или членството в професионална организация.

Анализът на нормите на ЗПОО, на ЗВО и други налагат извода, че за осъществяване на определени дейности, професии или съвкупност от дейности се въвеждат на нормативно ниво изисквания за специфична професионална квалификация, правоспособност или членство в призната от държавата професионална организация. Чл. 229, ал. 1 ЗУТ сочи, че проучвателни, проектантски, контролни, строителни и надзорни дейности могат да бъдат извършвани от физически лица, ако те притежават техническа правоспособност съобразно придобитата им специалност и образователно-квалификационна степен, а съгласно ал. 3 на същата разпоредба - технически правоспособни са лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "архитект", "строителен инженер", "инженер", "урбанист" или "ландшафтен архитект". Подзаконовият нормативен акт към който възложителят препраща - Наредба 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 (обн. ДВ бр. 85/2005 г.), има за предмет определяне на условията и редът 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 (ЕС), на Европейското икономическо пространство (ЕИП), в Швейцария и в трети държави.

От изложеното може да се заключи, че независимо от непрецизната формулировка на изискването, възложителят изисква ръководителят на екипа да има професионална квалификация „инженер“ или „архитект“, което имплицитно съдържа изискването за висше образование, тъй като то е условие за придобиването ѝ. Освен това, с оглед наведените пред касационната инстанция, както и пред първоинстанционния съд възражения, може да се приеме, че целта на възложителя е лицето да е и с проектантска правоспособност, доколкото предметът на поръчката включва проектиране на строителството във фаза технически проект. Допълнителен довод може да се изведе и от употребения от възложителя израз „или еквивалент съгласно изискванията на Наредбата за условията и реда за признаване на правоспособност в областта на устройственото планиране и инвестиционното проектиране на лица с професионална квалификация „инженер“ или „архитект“, придобита в държава членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети държави, приета с ПМС № 219 от 17.10.2005 г.“ Това е така, тъй като признаването на придобито висше образование в чуждестранни висши училища по специалности, които водят до придобиване на професионална квалификация "архитект" или "инженер", съгласно чл. 3 от цитираната наредба, се извършва от министъра на образованието и науката по реда на Наредбата за държавните изисквания за признаване на придобито висше образование и завършени периоди на обучение в чуждестранни висши училища, приета с Постановление № 168 на Министерския съвет от 2000 г. (ДВ, бр. 69 от 2000 г.). А нормативният акт, на който възложителят се позовава, урежда именно признаването на проектантската правоспособност на лица с вече придобита професионална квалификация "архитект", съответно "инженер", в друга държава, като признаването на професионалната квалификация е условие за признаването на правоспособността, от своя страна условие за упражняване на професионалната дейност на територията на Република България. Съгласно чл. 7, ал. 1 от ЗППК признаването на професионалната квалификация предоставя на гражданите на държавите членки достъп до съответната регулирана професия в Република България, за която са придобили квалификация в друга държава членка, и правото да упражняват тази професия при същите условия, както българските граждани.

Ето защо, по начина на формулиране, условието на възложителя налага и чуждестранните лица да имат вече призната професионална квалификация и да са вписани в съответната камара към момента на подаване на ЕЕДОП от съответния участник, в чийто екип са включени. Административната процедура по признаване на професионалната квалификация съгласно ЗППК във връзка Наредбата за условията и реда за признаване на правоспособност в областта на устройственото планиране и инвестиционното проектиране на лица с професионална квалификация „инженер“ или „архитект“, придобита в държава членка на Европейския съюз, на Европейското икономическо пространство, в Швейцария и в трети държави, е следвало да бъде окончателно приключила към момента на подаване на офертата. Към този момент обаче участниците нямат гаранции, че ще бъдат избрани за изпълнители. Поради това от тях необосновано се изисква да преминат през процедура по признаване на професионалната квалификация на ръководителя на екипа, свързана със съответните срокове и разходи. Създадена е административна тежест за участниците към датата на подаване на

техните оферти. Такова изискване може да бъде приложено, но само към участника, избран за изпълнител.

В случая изрично в обявлението и документацията за поръчката е записано, че за доказване съответствието с критерия за подбор по чл. 63, ал. 1, т. 5 ЗОП следва да се представи списък по чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП - по образец № 6, придружен с документи, които доказват професионалната компетентност на лицата. В забележка възложителят е посочил, че документите за доказване на информацията, посочена в ЕЕДОП, не се изискват при представяне на офертата, но също така и че на основание чл. 67, ал. 5 ЗОП по всяко време възложителят може да изиска представянето на всички или част от документите, чрез които се доказва информацията в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното провеждане на поръчката. От изложеното следва, че независимо, че списъкът ведно с доказателствата за професионална компетентност на лицата не следва да се представят едновременно с офертата, не би могло да има разминаване в съдържащата се в тях информация и декларираното в ЕЕДОП, тъй като същият следва да съдържа именно информацията, доказателство за която се явяват документите към списъка т.е. предложеният ръководител на екипа следва да е с вече призната правоспособност (професионална квалификация) и да е вписан в съответната камара, което обстоятелство да бъде декларирано в ЕЕДОП, респективно доказано на етапа на сключване на договор.

Изискването за правоспособност, респ. призната професионална квалификация съгласно ЗППК на етап подаване на оферти противоречи и на разпоредбата на чл. 60, ал. 1 ЗОП, обезсмисляйки предвидената в нея възможност за представяне на регистрация на изпълнител в държавата, в която е установен, когато наличието на регистрация е определено със закон като условие за осъществяване на предмета на обществената поръчка.

ЗОП ясно и категорично регламентира, че доказателствата за обстоятелствата, декларирани в ЕЕДОП, се представят след избора на изпълнител, а не преди това. В случая не става дума за въвеждане на различни условия или за представяне на документи за удостоверяване на нови факти във фазата на сключване на договор със спечелилия процедурата участник, а за фактическо доказване на заявени на по-ранен етап обстоятелства в ЕЕДОП. С оглед на това правилно УО е приел, че поставеното изискване препятства участието на чуждестранни лица, придобили професионална квалификация и правоспособност за упражняване на професията в друга държава членка, в която са установени. Обстоятелството, че тези условия са предварително обявени по отношение на всички участници в процедурата не променя извода, че имат ограничителен характер, създавайки необоснована административна тежест пред чуждестранните участници, в който смисъл е и констатацията на административния орган (в горния смисъл Решение № 6972/09.06.2020 г. на ВАС по адм. дело № 3847/2020 г., VII отд.; Решение № 7597/04.08.2022 г. на ВАС по адм. дело № 1358/2022 г., VII отд.).

Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗОП възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Съгласно чл. 68, ал. 4 ЗОП възложителят не може да изисква кандидатите или участниците от други държави членки да преминават през процеса на регистриране или сертифициране, за да участват в обществената поръчка. Възложителят признава еквивалентни сертификати, издадени от органи, установени в други държави членки. Като е поставил изискване спрямо ръководителя на екипа, в

хипотезата на участие на чуждестранно лице, за наличието на предварително призната по реда и при условията на националния закон правоспособност (професионална квалификация), възложителят е въвел условие, което необосновано ограничава участието на чуждестранни потенциални икономически оператори в процедурата по възлагане на обществената поръчка или такива, които имат възможност да включат в екипа си чуждестранни експерти, в нарушение на посочените разпоредби. Същите са императивни и нарушаването им е свързано със засягане на въведените в чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП принципи на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, и свободна конкуренция. Нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т. 10, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, доколкото се касае за критерий за подбор, който е дискриминационен на базата на необосновано национално изискване, а при провеждане на процедурата е достигнато минимално ниво на конкуренция, предвид наличието на повече от две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

По нарушението на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2, чл. 68, ал. 4 и 5 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.4. от решението):

РУО на ОПРР мотивира извода си за нарушение на сочените норми с обстоятелството, че възложителят е въвел изискване към техническия ръководител – част от екипа на участника, да отговаря на всички условия на чл. 163а ЗУТ, без конкретизиране на коя точно алинея следва да отговаря лицето, което е недопустимо. Дискриминационният характер на въведеното изискване е такова поради факта, че се изисква на етап подаване на офертата заинтересованият икономически оператор да наеме на трудов договор лице – технически ръководител, без да има сигурност, че ще бъде определен за изпълнител на поръчката. По отношение на чуждестранните участници, с оглед нормата на чл. 163а, ал. 3 от ЗУТ с признаване дипломата на чуждестранно лице при условията на взаимност, легализирана по съответния ред, се ограничава участието на чуждестранни лица, тъй като на етап подаване на офертата се изисква участникът да разполага с призната при условията на взаимност и легализирана диплома, без да има сигурност, че ще бъде избран за изпълнител.

Този извод на органа, споделен и от съда, е правилен.

Условието ограничава участието на потенциалните икономически оператори, тъй като при липса на конкретизиране на коя точно алинея от разпоредбата трябва да отговаря лицето, заемащо позицията „технически ръководител“, то същото следва да отговаря на всички поставени от нормата условия. Както сочи и РУО на ОПРР в решението си, проблемът относно препратката към чл. 163а ЗУТ по отношение на техническия ръководител, направена от бенефициера чрез поставения критерий за подбор е в два аспекта. На първо място, изискването е ограничително по отношение на оператори, които могат да разполагат с правоспособно за изпълнение на длъжността лице, но същото не е с тях в трудово правоотношение към момента на подаване на офертата за участие (изискване на чл. 163а, ал. 1 ЗУТ). На следващо място - към чуждестранни оператори, от които се изисква на етап подаване на документите за участие да разполагат с експерт с призната правоспособност. Доколкото съгласно чл. 163а, ал. 2 ЗУТ технически правоспособни да извършват техническо ръководство на строежите се считат лицата, получили дипломи от акредитирано висше училище с квалификация "строителен инженер", "инженер" или "архитект", както и лицата със средно образование с четиригодишен курс на обучение и придобита професионална квалификация в областите "Архитектура и строителство" и "Техника", то лицата с

професионална квалификация „инженер“, „архитект“, „строителен инженер“, при упражняване на регулирана по българското законодателство професия, ще следва да имат призната правоспособност по реда на ЗППК, а извън случаите по ал. 2 признаването на техническа правоспособност може да стане при условията на взаимност, установени за всеки конкретен случай, когато лицето притежава диплома, легализирана по съответния ред, и когато отговаря на изискванията на ЗУТ (чл. 163а, ал. 3 ЗУТ).

Самото поставено изискване за трудово правоотношение и призната правоспособност, към момента на заявяване на участието в процедурата, е дискриминационно, тъй като възлага на базата на съществуващото на територията на Република България изискване, използването на времеви и финансов ресурс към този момент, без гаранция, че участникът ще спечели поръчката. Това безспорно утежнява участието на икономическите оператори и се явява необосновано от гледна точка на предмета, обема, сложността и стойността на поръчката условие, в нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2 ЗОП, тъй като не е необходимо за преценка на техническите и професионални способности на участниците, включително предлаганите от тях експерти на този етап. Съгласно посочените разпоредби възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката, и нямат право да въвеждат необосновано условия или изисквания, които ограничават възможността за участие на стопанските субекти. Поставеното по този начин условие се явява в нарушение и на нормата на чл. 68, ал. 4 ЗОП, тъй като възложителят няма право да изисква от участниците от други държави членки да преминават през процеса на регистриране или сертифициране, за да участват в обществената поръчка, а в случая няма допусната възможност за представяне на еквивалентни документи, издадени от органи, установени в други държави, доколкото за доказване съответствието с критерия е посочен списък по чл. 64, ал. 1, т. 6 ЗОП, по образец, придружен с документи, доказващи професионалната компетентност на лицата. Не е възможно да има противоречие между декларираната в ЕЕДОП информация и представяните към момента на сключване на договора доказателства за съответствие с поставените критерии за подбор, както и е ограничена законовата възможност за позоваване на капацитета на трети лица (в горния смисъл Решение № 7269/19.07.2022 г. на ВАС по адм. дело № 3209/2022 г., VII отд.; Решение № 5873/21.05.2020 г. на ВАС по адм. дело № 9675/2019 г., VII отд. и цитираната там практика; Решение № 1305/02.02.2021 г. на ВАС по адм. дело № 12757/2020 г., VII отд.).

Ето защо поставеното изискване се явява ограничаващо участието поради етапа, на който е поставено т.е. обективно нарушава конкуренцията. Необоснованото ограничаване на конкуренцията е нарушение на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация и на свободната конкуренция, т. е. на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП.

Законосъобразен е изводът, че нарушението на посочените норми осъществява състава на нередност по т. 10, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, за която е предвидено определянето на финансова корекция в размер на 10%.

По нарушението на чл. 107, т. 1 и т. 2, б. „а“ във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП (т.1.6. от решението):

Изводът на РУО на ОПРР е обусловен от три групи фактически обстоятелства, първата от които обуславя извод за нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП, а другите две – този за нарушение на

чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП. Общо нарушенията, според органа, са свързани с нарушаване принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация и на свободната конкуренция.

Първоинстанционният съд приема, че с оглед съдържанието на представените от участника, определен за изпълнител удостоверения за добро изпълнение във връзка с декларирания от него предходен опит в изпълнението на дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката - ново строителство и/или реконструкция, и/или рехабилитация, и/или основен ремонт, и/или преустройство, с включено СМР за осигуряване на достъп на хора с увреждане на сгради и/или съоръжения с разгъната застроена площ минимум 1000 кв. метра, не се установява твърдяното от административния орган несъответствие с критерия за подбор и не е налице основание за отстраняване на участника по чл. 107, т. 1 ЗОП. По тези фактически обстоятелства и изведеното въз основа на тях заключение от съда няма спор между страните, касаторът изразява съгласие с извода на съда. Решаващо за крайния извод на съда за осъществена нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, обаче, е приемането наличието на другите две групи фактически обстоятелства, водещи до нарушение нормата на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП, който извод е оспорен като неправилен и необоснован от касационния жалбоподател.

Настоящата инстанция счита, че изводът на АСВТ за несъответствие на предложението за изпълнение на „Солей 06“ ООД с условията на поръчката, поради пропуски в изготвената от него строителна програма и несъобразяване на същата с линейния календарен график, е правилен.

Съгласно т.11 Съдържание на офертата, подт. 5 Техническо предложение по образец № 2, всеки участник следва да приложи към техническото си предложение следните приложения:

А) Строителна програма със съдържание, което включва технологична последователност на строителните процеси (подробно описание на обхвата и дейностите, съобразно виждането на участника за изпълнението, като се опишат отделните етапи на изпълнението и се обхващат всички предвидени дейности; описание на видовете СМР и технологията на извършването им; организация и подход на изпълнението, включително формираните за всяка дейност звена и технологична последователност; организация на дейностите с цел осигуряване на безопасна работна среда и почивка), мерки за контрол с цел осигуряване на качеството с описание на същността и обхвата на предвидените мерки, с отговорните лица и взаимовръзката в дейността им, управление на риска, което следва да представи виждането на участниците за управлението на дефинираните от възложителя четири групи рискове, последната от които е трудности при изпълнение на дейностите, продиктувани от протести, жалби и/или други форми на негативна реакция, като следва да бъдат разгледани аспектите на проявление и сферите на влияние на всеки от рисковете в групите, да се предложат мерки за недопускане/предотвратяване на риска, мерки за преодоляване на последиците от проявлението им; Б) Списък на основните строителни продукти/материали и оборудване, които ще бъдат използвани при изпълнението на обществената поръчка; В) Подробен линеен график за изпълнението на предвидените в проекта СМР с приложена диаграма на работната ръка. ЛКГ трябва да е съобразен с изискванията на техническата спецификация и да представя цялата необходима информация, като чрез него участникът докаже, че създадената от него организация за изпълнение на дейностите е приложима и предложеният срок за изпълнение е реалистичен.

В съответствие с горното изискване, към офертата на участника „Солей 06“ ООД е представено Приложение № 1 – Строителна програма за организация и изпълнение на предмета на договора и линеен календарен график.

Технологичната последователност на дейностите е условно разделена от участника в строителната му програма на две части – процеси и дейности, които касаят проектирането и авторския надзор, и действия по същинското изпълнение на строително-монтажните работи. В първата част (т.1.1.1. от строителната програма), участникът предвижда да изпълни три групи дейности, групирани според целите, които преследват: 1) предпроектни и проучвателни; 2) проектни; 3) съгласувателни, за изпълнението на инвестиционен проект във фаза „Работен проект“. Изпълнението на инвестиционното проектиране се предвижда да бъде на два етапа – етап 1, който включва предпроектни и проучвателни дейности, и етап 2, който включва изработването, съгласуването на инвестиционния проект и отстраняване на забележки по него. В описателната част на строителната програма дейностите в етап 2 се отнасят до изработването и съгласуването на инвестиционен проект във фаза „Работен проект“, докато приложената към това описание схема, представя фигурално изработването на технически инвестиционен проект т.е. проект във фаза „Технически проект“. Съгласно утвърдената от възложителя Техническа спецификация на поръчката, дейностите по нейното изпълнение включват изработване на инвестиционен проект, който трябва да даде решение за преустройството и промяната на предназначението на съществуваща сграда в социално жилище с 27 броя жилища, но във фаза „Технически проект“, с конкретно посочен обхват и съдържание на проектните части, в съответствие с чл. 20 и 21 от Наредба № 4 от 21 май 2001 г. за обхвата и съдържанието на инвестиционните проекти. Дори само това несъответствие между предложението за изпълнение на участника и условията на възложителя е достатъчно основание да се приеме, че офертата му не отговаря на предварително обявените от възложителя условия, но такава констатация не е направена от административния орган.

В описанието на дейността в дефинирания от участника етап 2 – Инвестиционен проект във фаза Работен, дружеството идентифицира три дейности, като за всяка от тях дава описание на дейността, посочва логическата ѝ обвързаност с останалите дейности, идентифицира ключовите ѝ моменти и какви са очакваните резултати и продукти (стр. 3 и сл. от Приложение № 1). В описанието на дейността по изработване на работния инвестиционен проект (а не технически инвестиционен проект, както се изисква от възложителя), участникът сочи, че същият ще съдържа графични материали в необходимите мащаби, записки и изчисления по следните проектни части:

- Архитектурна;
- Конструктивна;
- Енергийна ефективност;
- ОВК;
- ВиК;
- Електро;
- Пожарна безопасност;
- План за безопасност и здраве;

- План за управление на строителните отпадъци;
- Сметна документация.

Обхватът и съдържанието на работния инвестиционен проект, който се предвижда за изработване, са представени таблично. Обхватът на проектната част Архитектурна предвижда да се представят решения за функционално-пространствена композиция и архитектурно-художествения образ на сградата, като се предвидят решения за покрив, фасада, дограма, стени, подове, тавани.

На страници 3 и 4 от утвърдената от възложителя-бенефициер Техническа спецификация на поръчката е посочено, че Техническият (подчертаването не на възложителя) инвестиционен проект следва да включва следните проектни части:

- Част „Архитектурна“, вкл. интериор и обзавеждане;
- Част „Конструктивна“;
- Част „Електрическа“;
- Част „Водоснабдяване и канализация“;
- Част „Отопление, вентилация и климатизация“;
- Част „Енергийна ефективност“;
- Част „Геодезия и вертикална планировка“;
- Част „Паркоустройство и благоустройство“;
- Част „Пожарна безопасност“;
- Част „План за безопасност и здраве“;
- Част „План за управление на строителните отпадъци“.

Дори само по начина на дефиниране на обхвата на предвидения от възложителя Технически инвестиционен проект т.е. на проектните части, които същият следва да съдържа, е видно несъответствието с предложението на участника „Солей 06“ ООД. По обхват и съдържание, предложеният от участника за изработване инвестиционен проект не включва нито част „Геодезия и вертикална планировка“, нито част „Паркоустройство и благоустройство“, а поради липсата им в таблицата няма дадено описание на обхвата на съответната проектна част.

След описанието на предпроектните и проектните дейности, в строителната си програма участникът дава описание на дейността по авторски надзор и описание на технологичната последователност на строително-монтажните работи (т.1.1.2., от стр. 10 нататък), организация и подход на изпълнение на поръчката, организация на дейностите по изпълнението, описателната част на която обхваща само изпълнението на строително-монтажни работи, но в представени в табличен вид дейности по видове, с кратко отбелязване на необходимата техника/механизация, необходимите човешки ресурси, включително брой хора, начало и край на дейността и продължителност в дни, участникът включва под т.2.7. Изготвяне на работен проект по част „Геодезия и вертикална планировка“ (стр. 55 от строителната програма). Липсва включена дейност за изработване на проект по изискуемата от възложителя част „Паркоустройство и благоустройство“. Вярно е, както сочи и касаторът,

че в същата тази таблица под т.6 в частта „Други предписани СМР“ е посочено „Изграждане на рампа за инвалиди“, с необходим човешки ресурс – зидари, кофражисти, арматуристи, общи работници, с необходимо технологично оборудване – ръчни инструменти, бетонпомпа, бетоновоз, необходим брой хора – 6 човека и продължителност 44 дни, както и под т.20 „Изграждане на паркинг от бетонови решетки на тревна фуга“, с необходим човешки ресурс – общи работници, необходимо технологично оборудване – ръчни инструменти, ударопробивна машина, продължителност на изпълнението – 31 дни, но това само сочи, че участникът е предвидил изпълнение на строително-монтажните работи, но не и включването на тези елементи в проектната документация.

Противно на твърдението на касатора, ЗУТ съдържа изрична разпоредба – чл. 184, ал. 1, съгласно нормата на която, съоръженията за достъпна среда на хората с увреждания в съществуващи сгради се изграждат или поставят въз основа на одобрен проект в съответствие с изискванията на наредбата по чл. 169, ал. 4 и издадено разрешение за строеж или разрешение за поставяне. Съгласно чл. 1, ал. 2 на приложимия към датата на сключване на договора за възлагане на обществената поръчка подзаконов нормативен акт – Наредба № 4 от 1 юли 2009 г. за проектиране, изпълнение и поддържане на строежите в съответствие с изискванията за достъпна среда за населението, включително за хората с увреждания (отменена с § 4 от преходните и заключителните разпоредби на Наредба № РД-02-20-2 от 26 януари 2021 г. за определяне на изискванията за достъпност и универсален дизайн на елементите на достъпната среда в урбанизираната територия и на сградите и съоръженията - ДВ, бр. 12 от 12 февруари 2021 г., в сила от 13.03.2021 г.), изискванията на наредбата се прилагат и при извършване на реконструкция, основно обновяване, основен ремонт, преустройство, пристрояване и надстрояване на съществуващи елементи на урбанизираната територия и на сградите и съоръженията, а съгласно чл. 2, ал. 2 от същата - проектната документация (проектните решения) за достъпната среда в урбанизираните територии, сградите и съоръженията се представя в част архитектурна на инвестиционния проект при спазване изискванията на Наредба № 4 от 2001 г. за обхвата и съдържанието на инвестиционните проекти (ДВ, бр. 51 от 2001 г.). Анализът на относимите разпоредби на Наредба № 4 от 2001 г. за обхвата и съдържанието на инвестиционните проекти води до извода, че отново противно на твърденията на касатора, и в съответствие с цитирания чл. 2, ал. 2 от Наредба № РД-02-20-2 от 26 януари 2021 г., част Архитектурна на техническия инвестиционен проект, съответно част Архитектурна на идейния инвестиционен проект, доколкото първият конкретизира и прецизира решенията на идейния проект или представя решенията по чл. 28 от Наредба № 4/2001 г., когато не е изработен идеен проект, представя решения за създаването на устойчива, здравословна, безопасна, хигиенична и достъпна за всички архитектурна среда (чл. 28, ал. 1, т. 4, чл. 32, чл. 33 от Наредба № 4/2001 г.).

От своя страна, част геодезическа (трасировъчен план и вертикална планировка) дава решение за пространственото положение (хоризонтално и вертикално) на обектите в прилежащата територия или в поземления имот в единна, най-често локална координатна система, като тази част на техническия инвестиционен проект развива и конкретизира съответната част от идейния проект, като допълнително определя компонентите, посочени в чл. 107, ал. 1 от Наредба № 4/2001 г. А част паркоустройство и благоустройство на инвестиционния проект представлява цялостно решение на прилежащата територия или на поземления имот, в който се разполага обектът, с оглед формиране на екологически и естетически издържана среда, като се изработва при съобразяване на функционалното

предназначение на сградите и решава въпросите за функционалното зонироване и площоразпределението, площната композиция, алеите и алеите настилки, пространствената композиция и растителното оформяне, малките архитектурни форми и градинската пластика (чл. 93, 94, 97, ал. 2 и 3 от Наредба № 4/2001 г.). Т.е. решенията за достъпна среда на населението не са предмет на проектните части геодезическа и вертикална планировка и паркоустройство и благоустройство, от една страна, а от друга – в строителната програма на участника същите не само не присъстват като предвидена дейност с конкретно описание, съгласно изискванията на възложителя, но и обхващат на проектната част Архитектурна не включва изграждането на предвидените от възложителя компоненти на достъпна среда.

Въз основа на изложеното изводът на съда, че изработването на съответните части от инвестиционния проект не е предвидено в предложението на участника, налице е противоречие между предвидените дейности по проектиране и изпълнение на СМР, както и че е необходимо осигуряването на достъпна среда да е включено в инвестиционния проект, е правилен, а доводите на касатора са неоснователни. Макар и пестеливи, мотивите на съда са достатъчни за обосноваване на този извод и с оглед събраните по делото доказателства.

Съответен на доказателствата по делото е и изводът на съда по отношение на третата група обстоятелства, обусловили извода за несъответствие на предложението за изпълнение на участника „Солей 06“ ООД с условията на поръчката.

В раздел III от строителната си програма (стр. 76 и сл.), участникът сочи, че в настоящото изложение представя основните рискове, които според дружеството могат да окажат влияние върху изпълнението на обществената поръчка. По съдържание и обхват, идентифицираните от участника 7 вида рискове не покриват изцяло дефинираните от възложителя в Техническата спецификация на поръчката. Анализът на изложението сочи, че от страна на участника не е идентифициран дефинираният от възложителя риск „Трудности при изпълнението на дейностите, продиктувани от протести, жалби и/или други форми на негативна реакция“, поради което за него липсва експертна оценка на риска, с предложение за мерки за недопускане/предотвратяване и преодоляване на риска, та както такава експертна оценка, обективирана в карта за оценка на риска, е извършена по отношение на идентифицираните от участника рискове. В същото изложение, участникът сочи, че при анализиране на настоящия проект е използван методът на експертната оценка на риска, посредством който са анализирани в детайли възможните рискове при изпълнението на предмета на поръчката, като за всеки от тях посредством „Карта за оценка на риска“ са предложени и необходимите според участника и достатъчни мерки за недопускане/предотвратяване и преодоляването им.

Правилно както органът, така и съдът сочат, че заявлението, че участникът ще следи отблизо всички процедури и своевременно ще идентифицира всеки потенциален риск, както и ще вземе мерки за намаляване на отрицателното им въздействие по проекта, не е в състояние да преодолее този пропуск. Това е така, тъй като изрично изискване на възложителя, съгласно Техническите спецификации и указанията към документацията за поръчката е, всеки един от идентифицираните от възложителя рискове да бъде разгледан от гледна точка на аспектите му на проявление и сфери на влияние, както и да се предложат мерки за недопускане/предотвратяване на риска, както и мерки за преодоляване на последиците от настъпването му. Достатъчна е простата констатация, че изложението в строителната

програма в частта за управлението на риска, не съдържа анализ на този дефиниран от възложителя риск, за да се достигне до извода за несъответствие на предложението му с предварително обявените условия на поръчката – основание за отстраняване по чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП, поради което и аргументът на касатора за липса на мотиви в тази насока в обжалваното решение е неоснователен.

Съдът правилно е установил релевантните факти и ги е подвел под правилната законова норма, поради което не е налице нарушение на материалния закон по отношение този извод. Нормата на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП е императивна, поради което при констатирано несъответствие на офертата на участник с предварително обявените условия, същият задължително се отстранява от участие, а неизпълнението на това задължение води до нарушение на закона. От своя страна, нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като при неправилно приложение на техническите спецификации, за изпълнител е определен участник, чиято оферта не им отговаря. Не се установява, обаче, нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП. Нарушаването на принципите при възлагането на обществените поръчки може да е следствие от извършено нарушение на императивна правна норма, чрез която същите са гарантирани, но в случая административният орган не сочи никакви фактически обстоятелства за обосноваване на извода, че останалите участници са били поставени в неравнопоставено положение или дискриминирани по конкретен признак чрез действията на възложителя, както и че е нарушена свободната конкуренция между участниците, вследствие незаконосъобразното допускане до класиране на „Солей 06“ ООД, още повече, че критерият за възлагане на обществената поръчка е „най-ниска цена“.

Видно от изложеното, крайният извод на съда за правилност на изводите на органа за осъществени нарушения на чл. 2, ал. 2 и чл. 68, ал. 4 и ал. 5 във вр. чл. 60, ал. 1 и чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП, чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 2, чл. 68, ал. 4 и 5 във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 ЗОП и на чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП, по т.1.3., 1.4. и 1.6. от акта, е правилен и в съответствие с материалния закон. В съответствие с изискването на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ за определяне на една финансова корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, в случая установените три нередности потвърждават извода за наличието на основание за определяне на финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по Договор № BG16RFOP001-1.036-0006-C01-S-1 от 11.06.2020 Г. със „Солей 06“ ООД.

Изложеното установява неоснователността на доводите на касатора за неправилност на първоинстанционното съдебно решение в обжалваната част. Решението е валидно, допустимо и правилно като краен резултат, поради което съдът следва да го остави в сила.

С оглед на изхода от спора, направеното от ответника искане и на основание чл. 143, ал. 3 АПК съдът следва да осъди касатора да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството – юридическото лице, в чиято структура е органът – ответник, направените в касационната инстанция разноски за юрисконсултско възнаграждение. На основание чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ, съдът определя същите в размер на 100 (сто) лева.

Водим от горното и на основание чл. 221, ал. 2 Върховният административен съд

РЕШИ:

ОСТАВЯ В СИЛА Решение № 394/30.12.2021 г. на Административен съд – Велико Търново по адм. дело № 299/2021 г. в обжалваната част, с която е отхвърлена жалбата на Община Свищов против Решение на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор от 11.06.2020 г. със „Солей 06“ ООД, както и в частта за разноските.

ОСЪЖДА Община Свищов, с адрес: гр. Свищов, ул. „Цанко Церковски“ № 2, да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, с адрес: гр. София, ул. „Св. Св. Кирил и Методий“ № 17-19, сумата от 100 (сто) лева разноси по делото.

Решението е окончателно.

Вярно с оригинала, ПРЕДСЕДАТЕЛ: /п/ ДАНИЕЛА МАВРОДИЕВА
/п/ КАПИНА АРНАУДОВА
секретар: **ЧЛЕНОВЕ:**
/п/ ВЕСЕЛА АНДОНОВА