

РЕШЕНИЕ

№ 2532

гр. София, 15.04.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 11 състав,
в публично заседание на 22.03.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Петя Стоилова

при участието на секретаря Цветанка Митакева, като разгледа дело номер **233** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. АПК вр. с чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на МИНИСТЕРСТВО НА РЕГИОНАЛНОТО РАЗВИТИЕ И БЛАГОУСТРОЙСТВОТО срещу Решение от 10.12.2020г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 877лв.

Жалбоподателят счита, че решението е постановено при допуснато съществено нарушение на административнопроизводствените правила - липсват мотиви за начина, по който е определен размера на финансовата корекция. Определянето на финансова корекция, върху допустимите разходи по определен договор, без органът да направи валидна обосновка е съществен процесуален пропуск, съставляващ отменително основание за оспорения административен акт.

Решението е постановено и в нарушение на материалния закон. МРРБ не е извършило нарушение на праното на Съюза или на националното право, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. МРРБ при провеждането на обществената поръчка не е допуснало „нередност“ по смисъла на ЗУСЕСИФ. Преди подписване на договора за обществена поръчка класираният на първо място участник [фирма] не е представил актуални документи за липса на основанията за отстраняване за декларираното в ЕЕДОП трето лице - ключов експерт, а е поискал замяна на декларираното трето лице с друг експерт - негов служител. Когато участникът се

позовава на капацитета на трети лица, той трябва да може да докаже, че ще разполага с техните ресурси, като представи документи за поетите от третите лица задължения. Следователно законодателят е поставил кумулативно две условия когато участниците използват капацитета на трети лица, за да докажат съответствието с критерия на подбор за технически и професионални способности - тези лица задължително да участват в изпълнението на обществената поръчка и третите лица да представят документ за поетите задължения.

В чл. 65. ал. 5 от ЗОП е уредена хипотеза, в която възложителят изисква от участника да замени посоченото от него трето лице и това е единствено, ако то не отговаря на някое от условията по чл. 65. ал. 4 от ЗОП. Смяната на ключов експерт е възможно единствено на етап представяне на допълнителни документи по реда на чл. 54, ал. 8 и ал. 9 от ППЗОП и преди сключване на договор, като изборният за изпълнител следва само да удостовери с актуални документи липсата на основания за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор въз основа на декларираните от него данни и обстоятелства в ЕЕДОП на третите му лица. Едва е изменението на ЗОП в чл.65, ал.5 (в сила от 01.03.2019г.), възложителят може да изисква от участника да замени посоченото от него трето лице, ако то не отговаря на някое от условията по чл.64. ал. 4, поради промяна в обстоятелства преди сключване на договора за обществена поръчка.

Тъй като обществената поръчка е проведена и финализирана с договор, сключен на 22.03.2018г., т. е. преди влизане в сила на горепосоченото изменение на чл. 65, ал. 5 ЗОП на 01.03.2019г., то промяната на експерт преди сключване на договора е възможна единствено на етап представяне на допълнителни документи по реда на чл. 54, ал. 8 и ал. 9 от ППЗОП. Настъпила е хипотезата на чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП, съгласно която възложителят няма право да сключи договор с участника, класиран на първо място, ако той не изпълни задължението по чл. 67, ал. 6 от ЗОП за представяне на актуални документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване и съответствие с критериите за подбор. С жалбата се претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание жалбоподателят МРРБ не изпраща представител.

Ответникът - Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 също не изпраща представител. В съпроводителното писмо, с което е постъпила административната преписка се заявява становище за неоснователност на жалбата и се иска присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като взе предвид констатациите в обжалвания акт, становищата на страните и представените по делото доказателства, приема за установено следното:

С оспореното Решение от 10.12.2020г. Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ е приключил проверката по сигнал за нередност N2393 и е определил на бенефициента Министерство на регионалното развитие и благоустройството финансова корекция по диференциалния метод в размер на 877 лв. без ДДС (1 052.40 лв. с ДДС) явяваща се реално установеният размер на финансовите последици на нередността върху допустимите разходи по засегнатия договор за обществена поръчка №РД-02-29-101/22.03.2018г. по обособена позиция N22 с изпълнител [фирма] на стойност 15 777 лв. без ДДС. Установено е нарушение при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Подпомагане на МРРБ в качеството му на бенефициент по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“ за

осигуряване на информация и публичност, относно хода на изпълнение и постигнатите резултати” в четири обособени позиции.

Размерът на финансовата корекция е определен по диференциалния метод, съгласно чл. 4 вр. чл. 3, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (приета с ПМС N257/2017г.). Размерът на финансовата корекция е равен на разликата между ценовите предложения на първия и втория класирани участници в гореописаната процедура за възлагане на обществената поръчка. Цената на класирания на второ място участник (изпълнителят по договора) е 15 777 лв. без ДДС, а класираният на първо място участник (с който незаконосъобразно не е сключен договор) е 14 900 лв. без ДДС. Разликата е в размер на 877 лв. без ДДС (1 052.40 лв. с ддс).

При определяне размера на финансовата корекция, УО на ОПОС е взел предвид и Решение от 06.02.2019 г. на РУО на ОПОС, с което на бенефициента по засегнатия договор МРД-02-29-101/22.03.2018г. вече е била определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по договора.

Твърдяното от УО на ОПОС нарушение се изразява в незаконосъобразно приложение на чл. 112. ат. 2. т. 2 от ЗОП. Според административния орган възложителят е следвало да сключи договор с класирания на първо място участник – [фирма], а не да издава ново решение за определяне за изпълнител на класираният на второ място участник - [фирма]. Преди подписване на договора за обществена поръчка класираният на първо място участник [фирма] не е представил актуални документи за липса на основанията за отстраняване за декларираното в ЕЕДОП трето лице - ключов експерт, а е поискал замяна на декларираното трето лице с друг експерт - негов служител. Според УО на ОПОС поисканата замяна на трето лице преди подписване на договора за обществена поръчка е допустима съгласно чл. 65, ал. 5 от ЗОП - възложителят изисква от участника да замени посочено от него трето лице, ако то не отговаря на критериите за подбор или основанията за отстраняване от процедурата. Според УО на ОПОС това може да се извърши и при подписване на договора, тъй като документи, удостоверяващи критериите за подбор и липсата на основания за отстраняване се представят задължително при подписване на договора.

Втората възможност според УО на ОПОС е уредена в чл. 6. ал. 2. т. 2 от проекта на договор за обособена позиция № 2, където е предвидено, че в случай на необходимост (болест, смърт, напускане или др. причина) е допустима замяна на лице от Списъка на лицата за изпълнение на поръчката с друго/и, отговарящо/и на минималните изисквания. В допълнение, промяната на ключовия експерт не води до промяна в офертата на класирания на първо място участник, тъй като не касае техническото и/или ценовото му предложение, т.е. не би могло да има поставяне на този участник в по-благоприятно положение спрямо останалите участници в процедурата, ако и чрез посоченото лице участникът би доказал съответствието си с критериите за подбор.

На следващо място УО на ОПОС е приел, че независимо от строго регламентираната процедура за възлагането на обществената поръчка, по същността си обявлението на възложителя представлява оферта по смисъла на Закона за задълженията и договорите, която е приета от лицата, подали оферти за участие. До сключването на договора за възлагане на поръчката - съгласно ЗОП, същият е в писмена форма за действителност, документацията за обществената поръчка има силата на

предложение, а офертата на участника - насрещно предложение и приемане на това на възложителя. Двете страни следва да се считат обвързани от условията. Според УО на ОПОС било нелогично да се приеме, че необходимостта от смяна на експерта би могла да възникне единствено и само след подписването на писмения акт за възлагане на поръчката, доколкото и двете страни са обвързани с преддоговорна отговорност на етапа на провеждане на процедурата.

В заключение УО на ОПОС е приел, че тъй като [фирма] е представил изискуемите при подписване на договора документи и същият отговаря на поставените от възложителя критерии за подбор, не е налице основанието по чл. 112, ал.2, т.2 от ЗОП, т.е. възложителят е следвало да сключи договор с този участник, вместо това, незаконосъобразно е определил за изпълнител класираният на второ място участник. Констатираното нарушение е квалифицирано като нередност по чл. 70, ал. 1, т.10 от ЗУСЕСИФ, което осъществява и състава на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) N21303/2013 г.

Предвид установеното съдът, след като се запозна с представената административна преписка и становищата на страните, прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в законоустановения срок и е допустима.

Разгледана по същество жалбата е ОСНОВАТЕЛНА.

При извършената служебна проверка за законосъобразност на оспорения акт на основанията посочени в чл. 146 от АПК, съдът намира, че той е издаден от компетентен орган, спазени са административно-производствените правила на АПК и ЗУСЕСИФ, но е нарушен материалният закон.

Обществената поръчка е проведена и финализирана с договор, сключен на 22.03.2018г.

Относителите по делото разпоредби на ЗОП, в приложимите им редакции са следните:

Закон за обществените поръчки

Сключване на договор

Чл.112 (Обн. ДВ. бр.13 от 16 Февруари 2016г.)

(1) В. сключва с определения изпълнител писмен договор за обществена поръчка, при условие че при подписване на договора определеният изпълнител:

1. представи документ за регистрация в съответствие с изискването по чл. 10, ал. 2;
2. изпълни задължението по чл. 67, ал. 6;
3. представи определената гаранция за изпълнение на договора;
4. извърши съответна регистрация, представи документ или изпълни друго изискване, което е необходимо за изпълнение на поръчката съгласно изискванията на нормативен или административен акт и е поставено от възложителя в условията на обявената поръчка.

(2) В. не сключва договор, когато участникът, класиран на първо място:

1. откаже да сключи договор;
2. не изпълни някое от условията по ал. 1, или
3. не докаже, че не са налице основания за отстраняване от процедурата.

(3) В случаите по ал. 2 възложителят може да измени влязлото в сила решение в частта за определяне на изпълнител и с мотивирано решение да определи втория класиран участник за изпълнител.

...

Единен европейски документ за обществени поръчки

Чл. 67(Обн. ДВ. бр.13 от 16 Февруари 2016г.)

(1) При подаване на заявление за участие или оферта кандидатът или участникът декларира липсата на основанията за отстраняване и съответствие с критериите за подбор чрез представяне на единен европейски документ за обществени поръчки (ЕЕДОП). В него се предоставя съответната информация, изисквана от възложителя, и се посочват националните бази данни, в които се съдържат декларираните обстоятелства, или компетентните органи, които съгласно законодателството на държавата, в която кандидатът или участникът е установен, са длъжни да предоставят информация.

(2) Когато кандидатът или участникът е посочил, че ще използва капацитета на трети лица за доказване на съответствието с критериите за подбор или че ще използва подизпълнители, за всяко от тези лица се представя отделен ЕЕДОП, който съдържа информацията по ал. 1.

(3) Кандидатите и участниците могат да използват ЕЕДОП, който вече е бил използван при предходна процедура за обществена поръчка, при условие че потвърдят, че съдържащата се в него информация все още е актуална.

(4) (*) Единният европейски документ за обществени поръчки се предоставя в електронен вид по образец, утвърден с акт на Европейската комисия.

(5) В. може да изисква от участниците и кандидатите по всяко време да представят всички или част от документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното провеждане на процедурата.

(6) Преди сключването на договор за обществена поръчка, на рамково споразумение или възлагане на поръчка въз основа на рамково споразумение възложителят изисква от участника, определен за изпълнител, да предостави актуални документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор. Документите се представят и за подизпълнителите и третите лица, ако има такива.

Използване на капацитета на трети лица

Чл. 65. (Обн. ДВ. бр.13 от 16 Февруари 2016г.)

(1) Кандидатите или участниците могат за конкретната поръчка да се позоват на капацитета на трети лица, независимо от правната връзка между тях, по отношение на критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние, техническите способности и професионалната компетентност.

(2) По отношение на критериите, свързани с професионална компетентност, кандидатите или участниците могат да се позоват на капацитета на трети лица само ако лицата, с чиито образование, квалификация или опит се доказва изпълнение на изискванията на възложителя, ще участват в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет.

(3) Когато кандидатът или участникът се позовава на капацитета на трети лица, той трябва да може да докаже, че ще разполага с техните ресурси, като представи документи за поетите от третите лица задължения.

(4) Третите лица трябва да отговорят на съответните критерии за подбор, за доказването на които кандидатът или участникът се позовава на техния капацитет и за тях да не са налице основанията за отстраняване от процедурата.

(5)В. изисква от кандидата или участника да замени посоченото от него трето лице, ако то не отговаря на някое от условията по ал. 4.

(6) В условията на процедурата възложителят може да предвиди изискване за солидарна отговорност за изпълнението на поръчката от кандидата или участника и третото лице, чийто капацитет се използва за доказване на съответствие с критериите, свързани с икономическото и финансовото състояние.

МРРБ е провело открита процедура по ЗОП е предмет „Подпомагане на МРРБ в качеството му на бенефициент по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“ за осигуряване на информация и публичност, относно хода на изпълнение и постигнатите резултати“ с четири обособени позиции. С Решение № РД-02-14-996/01.12.2017г. на главния секретар на МРРБ за изпълнител по обособена позиция № 2 е избран класирания па първо място участник [фирма]. С писмо изх. № 70-00-359/ 19.12.17г.(приложено на оптичен носител по делото), възложителят е поискал от [фирма], на осн. чл. 67, ал. 6 и чл. 112 от ЗОП да представи актуални документи, удостоверяващи липсата на основания за отстраняване от процедурата и съответствие е поставените критерии за подбор, доколкото [фирма] е декларирал в ЕЕДОП, че се позовава на капацитета на трети лица по отношение на критериите, свързани с техническите и професионалните способности. В писмото под т.5. са изискани документи, доказващи извършените две идентични или сходни дейности, съгласно декларирания в представените ЕЕДОП от изпълнителя, както и от третите лица, съобразно вида и дела от поръчката, които ще изпълняват последните. В т.6 е изискано от спечелилият кандидат да представи списък на екипа от експерти, които ще изпълняват поръчката, в който е посочено образованието, квалификацията и професионалната компетентност на лицата.

С писмо их. № 70-00-359/22.12.17г. [фирма] е представил документи за сключване на договор, включително и доказателството по чл. 64. ал. 1. т. 6 от ЗОП - списък на персонала, който ще изпълнява поръчката, в който е посочена професионална компетентност на лицата. В представения списък по чл. 64, ал. 1, т. 6 от ЗОП, като експерт е посочено декларирания в ЕЕДОП трето лице. С цитираното писмо [фирма] не е представил доказателства, че за третото лице липсват основания за отстраняване от процедурата и съответства с поставените критерии за подбор, поради което с второ писмо възложителят е изискал от избрания изпълнител да представи тези доказателства.

С писмо вх. № 70-00-359/05.01.18 г. (налично по делото на оптичен носител) [фирма] уведомява МРРБ, че третото лице външен експерт А. А. Сюлемезова не може да поеме ангажимент, тъй като е започнала постоянна работа в друга фирма и не може да вземе участие при изпълнението на обществената поръчка. С писмото са представени документи на експерт, който да замени декларирания в ЕЕДП трето лице и това е служител на постоянен трудов договор в [фирма].

Настоящата инстанция счита, че при провеждането на горепосочената

обществена поръчка МРРБ не е допуснало нарушение на действащите разпоредби на ЗОП, което да представлява „нередност“ по смисъла на ЗУСЕСИФ.

Според уредбата на чл.65 от ЗОП, по отношение на критериите, свързани с професионална компетентност, кандидатите могат да се позоват на капацитета на трети лица само ако лицата, с чиито образование, квалификация или опит се доказва изпълнение на изискванията на възложителя, ще участват в изпълнението на частта от поръчката, за която е необходим този капацитет. Когато кандидатът или участникът се позовава на капацитета на трети лица, той трябва да може да докаже, че ще разполага с техните ресурси, като представи документи за поетите от третите лица задължения. Третите лица трябва да отговорят на съответните критерии за подбор, за доказването на които кандидатът или участникът се позовава на техния капацитет и за тях да не са налице основанията за отстраняване от процедурата.

В. изисква от кандидата или участника да замени посоченото от него трето лице, ако то не отговаря на някой от съответните критерии за подбор, за доказването на които кандидатът или участникът се позовава на техния капацитет и за тях да не са налице основанията за отстраняване от процедурата. Цитираната ал.5 на чл.65 ЗОП се прилага в хода на процедурата по подбор, когато възложителят разглежда техните образование, квалификация и опит и преценява дали предложените експерти разполагат с капацитет, който отговаря на заложените от него в проектната документация критерии за подбор. Допълнението „и за тях да не са налице основанията за отстраняване от процедурата“, потвърждава тълкуването, че разпоредбата се прилага на етап разглеждане, допускане, отхвърляне и класиране на офертите, т.е. след класиран от възложителя на първо място участник, вече няма „отстраняване“ на кандидатури. В. може да поиска замяна на посоченото от него трето лице до вземане на решението за класиране на участниците.

В случая обаче, процедурата по подбор е приключила, има класиран участник на първо и участник на второ място. На основание чл.67, ал.6 от ЗОП преди сключването на договора за обществена поръчка, възложителят е изискал от участника, определен за изпълнител, да предостави актуални документи, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата, както и съответствието с поставените критерии за подбор. Участникът, класиран на първо място [фирма] не може да докаже, че разполага с ресурса на третото лице, което е посочил за ключов експерт в офертата си. Поради това предлага лице – негов служител с друга квалификация и образование за ключов експерт, което по същество представлява изменение на офертата и то след постановяване на решението на възложителя, с което вече е избран за спечелил обществената поръчка кандидат. Например, видно от изпратените до възложителя писма, образованието на външния експерт – А. Сюлемезова е магистър по „Приложна лингвистика/Филология“, а предложеният да я замени служител на кандидата Добрина И. е магистър по „Икономика на масмедииите“. Поради това, според съда чл.65, ал.5 ЗОП не допуска поисканата замяна в момента преди подписване на договора за обществена поръчка, тъй като

замяната изисква преразглеждане и нова преценка от възложителя по отношение капацитета на ключовия експерт. На този етап от процедурата ЗОП не предвижда преразглеждане на офертите. Точно, за да се избегне стопиране на процедурата по възлагане на обществената поръчка, чл. 112, ал.2, т.2 от ЗОП оправомощава Възложителя да не сключи договор, когато участникът, класиран на първо място не представи документите по чл.67, ал.6 от ЗОП и да измени влязлото в сила решение в частта за определяне на изпълнител, като с мотивирано решение определи втория класиран участник за изпълнител (чл.112, ал.3 от ЗДОП).

На следващо място, чл.6, ал.2, т.2 от проекта за договор за обособена позиция №2, на който се позовава Ръководителя на УО предвижда в случай на необходимост (болест, смърт, напускане или др. причина) замяна на лице от Списъка на лицата за изпълнение на поръчката с друго, отговарящо на минималните изисквания, но той е приложим едва след подписването му. До момента на подписване на проекта за договор, той не поражда правни последици - права и задължения за никой, поради което позоваването на проекта за договор, включен в проектната документация от страна на административният орган, като правно основание за смяна на ключов експерт по изпълнението му е необосновано. Необосновано също административният орган счита, че промяната на ключовия експерт не води до промяна на класираният на първо място участник,

тъй като не касае техническото и/или ценовото му предложение. След като първоначално при подаване на офертата кандидатът [фирма] е привлякъл трето лице, то сам е преценил, че не разполага изцяло със собствен трудов ресурс за изпълнение на проекта. Вижда се от писмото му, че предложената впоследствие Д. Х. И. е негова служителка от 2012г. Принципно, разходът за използване на външни експерти се отразява и на формираната в офертата цена, което би означавало, че финансовият интерес на ЕС би бил в най-голяма степен защитен, чрез провеждането на нова процедура за ОП и събиране на нови ценови предложения, което усложнение ЗОП предотвратява, чрез разпоредбата на чл.112, ал.3.

Аналогията със договорите от ЗЗД е неуместна, тъй като развилите се отношения са публичноправни, уредени със специалния ЗОП, а и този, който не е спазил първоначално подадената от него оферта не е възложителят, комуто Ръководителят на УО на ОПОС е наложил финансова корекция.

При горните мотиви, решението за налагане на финансова корекция е издадено при неправилно тълкуване и прилагане правилата на ЗОП и жалбата следва да се уважи, като на жалбоподателя се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 /сто/ лева на основание чл.78, ал.8 ГПК, вр. с чл.25, ал.1 от НЗПП.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III АО, 11-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на МИНИСТЕРСТВО НА РЕГИОНАЛНОТО РАЗВИТИЕ И БЛАГОУСТРОЙСТВОТО Решение от 10.12.2020г. на Ръководителя на

Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 877лв.
ОСЪЖДА МИНИСТЕРСТВО НА ОКОЛНАТА СРЕДА И ВОДИТЕ да заплати на МИНИСТЕРСТВО НА РЕГИОНАЛНОТО РАЗВИТИЕ И БЛАГОУСТРОЙСТВОТО юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 /сто/лева.
РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: