

РЕШЕНИЕ

№ 116

гр. Силистра, 19.07.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

РАЙОНЕН СЪД – СИЛИСТРА в публично заседание на дванадесети юли през две хиляди двадесет и трета година в следния състав:

Председател: Мирослав Ст. Христов

при участието на секретаря Д. В. С.
като разгледа докладваното от Мирослав Ст. Христов Административно наказателно дело № 20233420200422 по описа за 2023 година

Производството е по реда на чл.59 и сл. във връзка с чл.84 от ЗАНН.

Жалбоподателят Я. С. Г. от гр.А., лично и в качеството и на Кмет на Община А. обжалва Наказателно постановление № ЗОП-64/ 26.04.2023г., издадено от Председателя на Сметната палата на Република България, с което и е било наложено административно наказание- глоба в размер на 10 000 / десет хиляди / лева за извършено нарушение по чл.2, ал.2 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ във вр.с чл.59, ал.2 и чл.177 от ЗОП. Изтъква доводи за допуснати процесуални и материални нарушения при издаването на акта и НП.

Административно-наказващ орган – Г. Н. Г-К, Председател на Сметната палата на Република България, редовно призована, не се явява, вместо нея проц.представител гл.юристконсулт Ю. Б., упълномощен и приет от съда.

Жалбоподателят Я. С. Г., редовно призована, не се явява, вместо нея проц.представител адв.П. Й. при АК-Силистра, упълномощен и приет от съда. Моли съда да отмени обжалваното НП в цялост като незаконосъобразно и навежда доводи в тази насока.

Районна прокуратура- Силистра- надлежно уведомена, не се явява представител, не депозира писмено становище по делото.

С оглед обективното изясняване на фактическата обстановка по делото съда призова в качеството на свидетели актосъставителя Ч. С. М. и свидетелите по акта Й. Н. В. и А. Е. Ч.-Б., които се явиха и дадоха своите показания добросъвестно, поради което и съда ги прие и приобщи към доказателствения материал по делото.

Съдът, като прецени представените по делото доказателства и като обсъди доводите

на страните, прие за установено следното:

Кметът на Община А. е публичен възложител на обществени поръчки по смисъла на чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП. С Решение № 106/11.02.2020г., жалбоподателя Я. С. Г., в качеството ѝ на кмет на Община А. и публичен възложител по чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП, е открила процедура „публично състезание“ по чл.18, ал.1, т.12 от ЗОП за възлагане на обществена поръчка с предмет „Изпълнение на ремонт и рехабилитация на улична мрежа на територията на гр.А. , с.К. и текущ ремонт на Републикански пътища в границите на гр.А“.

Обект на обществената поръчка е строителство по чл.3, ал.1, т.1 от ЗОП. Прогнозната стойност на обществената поръчка, посочена в решението, е 438 649,16 лв. без ДДС и същата попада в стойностния праг по чл.20, ал.2, т.1 от ЗОП (ред. ДВ, бр. 86/2018 г., в сила от 01.03.2019 г.).

С т.VI от Решение № 106/11.02.2020г. възложителят е одобрил обявлението за оповестяване откриването на процедурата и документацията за обществената поръчка.

Решението и обявлението за оповестяване откриването на процедурата са изпратени за публикуване в Регистъра на обществените поръчки (РОП) към Агенцията по обществени поръчки (АОП) на 11.02.2020г., като същите са публикувани по партида на възложителя в РОП под уникален идентификационен номер (УИН): 00290-2020-0001 на същата дата.

В т.IV.3) Описание на предмета на поръчката от решението е посочено, че предмет на обществената поръчка е извършването на ремонтно-рехабилитационни дейности по улици на територията на град А. и село К. и текущ ремонт на Републикански пътища в границите на гр. А. Целта на обществената поръчка е да бъде определен изпълнител за извършването на дейностите, с оглед осигуряване на условия за безопасно движение и комфорт на пътуващите по улиците в град А и село К и Републикански пътища в границите на гр.А.

В т.II.1.4. „Кратко описание“ и т.II.2.4. „Описание на обществената поръчка“ от обявлението е посочено, че изпълнението на обществената поръчка, включва следните видове дейности:

- Машинен изкоп на земни почви, включително натоварване и транспорт на депо.
- Отстраняване на наносите по платното, включително превоз до депо.
- Почистване на пътното платно от наноси и замърсявания.
- Фрезование на съществуваща асфалтова настилка, включително натоварване и превоз на депо.
- Доставка и полагане на материал за основа с подобрена зърнометрия 0/63 с дебелина на пласта 15 см., включително уплътняване /при необходимост/.
- Направа на изравнителен пласт от трошен камък с подобрена зърнометрия 0/40 (минерал бетон) със средна дебелина на пласта 5 см., за ремонт съществуваща тр. кам. настилка.
- Доставка и полагане на бордюри, вкл. всички свързани с това разходи.
- Направа битумен разлив.

- Доставка и полагане плътен асфалтобетон тип А с дебелина в уплътнено състояние 5 см.
- Доставка и полагане плътен асфалтобетон тип А с дебелина в уплътнено състояние 4 см.
- Изкърпване на единични дупки и деформации на съществуваща асфалтова настилка с плътна асфалтова смес тип А с дебелина в уплътнено състояние 4 см., включително всички свързани с това разходи.
- Направа локален ремонт на пътното платно с ограничена ширина (при канализационен клон) -рязане асфалтова настилка, разбиване пътна конструкция до здрава основа, изкоп, натоварване и превоз на депо, обратно зариване с инертен материал, тр. кам. настилка, плътен асфалт тип А с дебелина 6 см. и всички свързани с това разходи.

В т.ІІІ. 1.3 „Технически и професионални способности“ от обявлението и в Раздел ІІ „Условия за участие“, т.4 „Критерии за подбор“, п.т.4.3 „Технически и професионални способности по чл.63 от ЗОП“ т.4.3.5, б. „Б“ от документацията на обществената поръчка, възложителят е определил критерии за подбор по отношение на техническите и професионални възможности на участниците, като е посочил:

„Изисква се участникът в процедурата да разполага с персонал⁷ и/или ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката, включващ най – малко:

Технически ръководители - 2 бр.

Всеки един от горепосочените ръководители е необходимо да притежава квалификация и специфичен опит както следва:

Професионална област (квалификация): с висше образование по специалност „Пътно строителство“ или „Транспортно строителство“ или с професионална квалификация строителен техник или еквивалентна специалност или квалификация.

Професионален опит: Участие като технически ръководител при изпълнение на минимум 3 (три) строителства в областта на строителството на линейна инфраструктура“.

В т.4.3.5, б. „Б“ на Раздел ІІ „Условия за участие“ от документацията на обществената поръчка възложителят е посочил, че при подаване на оферта, информацията относно изискването се посочва от участника в ЕЕДОП, в съответствие с указанията за попълването му. При сключване на договор за изпълнение на поръчката, съответствието с изискването се доказва с представянето на списък на експертите и/или персонала, отговорен за изпълнение на поръчката, който съдържа: трите имена, позицията, която ще заема при изпълнение на поръчката, образование и професионална квалификация, участие в изпълнението на обекти, възложител.

Със Заповед № РД-177/10.03.2020г. на кмета на Община А е назначена комисия, която да разгледа и оцени подадените оферти за участие в процедурата.

Съгласно Протокол № 1/10.03.2020г. от работата на комисията, в определения срок за

подаване на оферти за участие в обществената поръчка са подадени четири оферти, съответно от „БАРС“ АД, „ПЪТПЕРФЕКТ - Т“ ЕАД, „ПЪТНО СТРОИТЕЛСТВО“ АД, „ПЪТ КОНСУЛТ“ ООД.

С Протокол № 2/25.03.2020г., Протокол № 3/22.05.2020г. и Протокол № 4/04.06.2020г., въз основа на предварително определения критерий за оценка „оптимално съотношение качество/цена“ са разгледани, оценени и класирани техническите и ценовите предложения на участниците. На основание чл.107, т.3 от ЗОП, от участие в процедурата е отстранен участникът „ПЪТНО СТРОИТЕЛСТВО“ АД. Не са отстранени участници в процедурата, поради несъответствие с така определените изисквания спрямо професионалната квалификация на техническите ръководители.

С доклад по чл.103, ал.3 от ЗОП във връзка с чл.60 от ППЗОП, утвърден от Възложителя на 22.06.2020г., комисията е предложила на Възложителя да сключи договор с класирания на първо място участник „БАРС“ АД. С Решение № 482/23.06.2020г., възложителят е обявил класирането на участниците и е определил участникът „БАРС“ АД, класиран на първо място за изпълнител на обществената поръчка. На 13.07.2020г. между Община А, представлявана от кмета Я. С. Г. и „Барс“ АД, представлявано от Д. С. Д. - изпълнителен директор е сключен Договор № 224/13.07.2020г. с предмет „Изпълнение на ремонт и рехабилитация на улична мрежа на територията на гр. А, с. К и текущ ремонт на Републикански пътища в границите на гр. А“ на стойност от 438 649,16 лв. без ДДС и 526 378,99 лв. с вкл. ДДС. Срокът на договора е до 120 календарни дни от датата на откриване на строителната площадка.

След обстойна проверка на цялата документация по проекта, проверяващите органи от Сметната палата на Република България са преценили, че жалбоподателя Я. Г., в качеството и на кмет на Община А е извършила нарушение на чл.2, ал.2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) във вр. с чл.59, ал.2 от ЗОП и чл.177 от ЗОП, тъй като на 11.02.2020 г., в Община А, гр. А, в качеството ѝ на кмет на Община А и публичен възложител на обществени поръчки по чл.5, ал.2, т.9 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, обн. ДВ, бр. 13/2016г.), с Решение № 106/11.02.2020г. за откриване на процедура „публично състезание“ с предмет: *„Изпълнение на ремонт и рехабилитация на улична мрежа на територията на гр.А, с.К и текущ ремонт на Републикански пътища в границите на гр.А“* е одобрила обявлението за оповестяване откриването на процедурата и документацията за обществената поръчка, с които е ограничила конкуренцията чрез включване на изискване, което необосновано ограничава участието на стопански субекти в обществената поръчка и което не е съобразено с предмета на обществената поръчка.

Предвид гореизложените обстоятелства и установеното нарушение на жалбоподателя бил съставен АУАН № ЗОП-64/ 23.11.2022г., който бил съставен в нейно присъствие, в сградата на Община А, и лично и бил връчен препис от същия на същата дата. Въз основа на този АУАН по-късно, в законно установения срок било изготвено и връчено на жалбоподателя обжалваното от него НП с което на основание чл.247, ал.1, предл.първо във вр.с чл.260, ал.2 от ЗОП нарушителя е бил наказан с глоба в размер на 10 000

лева.

Съдът прие горната фактическа обстановка въз основа на събраните доказателства и доказателствени средства: гласни – показанията на актосъставителя Ч. М. и свидетелите по акта Й. В. и А. Ч.-Б.; писмените доказателства, приобщени по реда на чл. 283 от НПК. Доказателствените материали по делото са еднопосочни и изясняват в пълнота фактическата обстановка, поради което по-подробното им обсъждане се явява ненужно.

При така установеното от фактическа страна съдът намира жалбата за допустима, тъй като изхожда от процесуално легитимна страна и е подадена в срока по чл.59 от ЗАНН.

Разгледана по същество същата е неоснователна по следните съображения:

АУАН № ЗОП-64/ 23.11.2022г. и обжалваното НП № ЗОП-64/ 26.04.2023г. са издадени в съответствие на процесуалните правила: Деянието за което е била ангажирана административно-наказателната отговорност на жалбоподателя е било квалифицирано по чл.2, ал.2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП) във вр. с чл.59, ал.2 от ЗОП и чл.177 от ЗОП.

Според чл.63, ал.1 от ЗОП възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Съгласно чл.63, ал.1, т.5 от ЗОП, възложителят може да изиска участниците да разполагат с персонал и/или ръководен състав с необходимата професионална компетентност за изпълнението на предмета на поръчката.

В чл.163а, ал.4 от ЗУТ е регламентирано, че техническият ръководител е **строителен инженер, архитект или строителен техник**, който ръководи строителните работи и осигурява изпълнение на отговорностите по чл.163, ал.2, т.1 - 5, а за строежите по чл.14, ал.2 от Закона за камарата на строителите - и отговорностите по чл.168, ал.1 и по чл.169б, ал.1 от ЗУТ.

Законодателят е преценил, че придобитите от тези лица знания и умения са съответни на изискванията за осъществяване на техническо ръководство на строителните работи и изпълнение на отговорностите по чл.163, ал.2, т.1-5 от ЗУТ, като не е направена разлика на основата на професионалната квалификация.

Компетентността на лицата, изпълняващи длъжността/функцията „технически ръководител“ следва да се преценяват съобразно изискванията на ЗУТ, който се явява специален спрямо ЗОП и описва по-широк кръг лица (от посочените от възложителя), които са технически правоспособни и са годни да извършват техническо ръководство на строителните работи и изпълнение на отговорностите по чл.163, ал.2, т.1 - 5 от ЗУТ. Това са лица с квалификация строителен инженер, архитект или строителен техник.

Видно от съдържанието на критериите за подбор, възложителят е поставил като изискване само едната от възможните две професионални квалификации, получавани от акредитирано висше училище - само за строителен инженер (завършилиите висше образование по специалност „Пътно строителство“/“Транспортно строителство“ получават квалификация „строителен инженер“). Не е поставил като възможност и професионална

квалификация архитект, чието образование обаче не е еквивалентно на посочените от възложителя. Професионалната квалификация "архитект" не е посочена в обявлението и документацията на обществената поръчка, което налага недвусмислен извод, че лицата с тази професионална квалификация са изключени от възможността да бъдат технически ръководители на обекта.

Относно професионалната квалификация „строителен техник“ възложителят не е определил конкретна специалност в обявлението и документацията, като съобразно Наредба № 7/11.03.2020г. за придобиване на квалификация по професията "строителен техник", обн. ДВ. бр.36 от 14.04.2020г. същата се придобива в три специалности: „Строителство и архитектура“, „Водно строителство“ и „Транспортно строителство“ - трета степен на професионална квалификация, което значи че възложителят допуска за технически ръководител лице с професионална квалификация „строителен техник“ и специалност „Строителство и архитектура“ или дори „Водно строителство“, но не допуска лице с професионална квалификация „архитект“.

Предметът на обществената поръчка е свързан извършване на ремонтно-рехабилитационни дейности по улици на територията на град А и село К и текущ ремонт на Републикански пътища в границите на гр.А. Целта на обществената поръчка е да бъде определен изпълнител за извършването на дейностите, с оглед осигуряване на условия за безопасно движение и комфорт на пътуващите по улиците в град А и село К и Републикански пътища в границите на гр.А. Предвидени за изпълнение са строителни дейности, като: машинен изкоп на земни почви, включително натоварване и транспорт на депо; отстраняване на наносите по платното, включително превоз до депо; почистване на пътното платно от наноси и замърсявания; фрезозане на съществуваща асфалтова настилка, включително натоварване и превоз на депо; доставка и полагане на материал за основа с подобрена зърнометрия 0/63 с дебелина на пласта 15 см., включително уплътняване /при необходимост/; направа на изравнителен пласт от трошен камък с подобрена зърнометрия 0/40 (минерал бетон) със средна дебелина на пласта 5 см., за ремонт съществуваща тр. кам. настилка; доставка и полагане на бордюри, вкл. всички свързани с това разходи; направа битумен разлив; доставка и полагане плътен асфалтобетон тип А с дебелина в уплътнено състояние 5 см.; доставка и полагане плътен асфалтобетон тип А с дебелина в уплътнено състояние 4 см.; изкърпване на единични дупки и деформации на съществуваща асфалтова настилка с плътна асфалтова смес тип А с дебелина в уплътнено състояние 4 см., включително всички свързани с това разходи; направа локален ремонт на пътното платно с ограничена ширина (при канализационен клон) - рязане асфалтова настилка, разбиване пътна конструкция до здрава основа, изкоп, натоварване и превоз на депо, обратно зариване с инертен материал, тр. кам. настилка, плътен асфалт тип А с дебелина 6 см. и всички свързани с това разходи.

По своята същност предметът на обществената поръчка не се отличава с някаква изключителна специфика, която да изисква специалните познания, притежавани единствено от строителен инженер по специалност „Пътно строителство“ или „Транспортно

строителство“ или „строителен техник“ по специалност например „Водно строителство“.

Техническият ръководител се назначава от строителя и основните му дейности са свързани с осъществяване на техническото ръководство на строежа. Техническият ръководител е длъжен да осигури изпълнението на отговорностите на строителя чрез ръководство на видовете строително-монтажни работи в съответствие с одобрения проект и с приложимата нормативна уредба. За изпълнението на тези задължения не е задължително той да притежава само и ограничително квалификацията, посочени от възложителя.

В обявлението за поръчка, документацията за участие, както и в друга публикувана информация, свързана с изпълнението на поръчката, възложителят не е посочил причини, които да обосноват поставеното изискване. Възложителят не е посочил други изпълнителни отговорности, извън разписаните в чл.163а, ал.4 от ЗУТ (ред. ДВ, бр. 25/2019 г.), които техническите ръководители трябва да изпълнява и които да обосновават поставените изисквания. Възложителят не е посочил и конкретни мотиви за наличие на сложност или някаква специфика, свързани с предмета на поръчката, които да обосновават така поставеното ограничително условие.

След като специалният закон определя компетентността на лицата, които могат да заемат длъжността технически ръководител, стесняването на техния кръг води до ограничаване на възможността потенциалните участници да имат в състава си технически правоспособни лица с друга професионална квалификация, имаща отношение към строителния процес, с изискуемия специфичен опит и отговарящи на изискванията на чл.163а, ал.4 от ЗУТ (ред. ДВ, бр. 25/2019 г.).

Възложителят е поставил критерий за подбор в обществена поръчка с предмет строително-монтажни работи, който не е съобразен с разпоредбите на ЗУТ относно квалификацията на „техническият ръководител“. Поставеното изискване техническите ръководители да бъдат с **висше образование по специалност „Пътно строителство“ или „Транспортно строителство“ или с професионална квалификация строителен техник или еквивалентна специалност**, необосновано стеснява квалификацията на технически правоспособните лица, които могат да бъдат технически ръководители без естеството на обществената поръчка да налага това.

Изискването не е съобразено с предмета на обществената поръчка за строителство, спрямо който е приложим чл.163а, ал.4 от ЗУТ (ред. ДВ, бр. 25/2019 г.). Възложителят, поставяйки условие техническите ръководители да бъдат с висше образование по специалност „Пътно строителство“ или „Транспортно строителство“ или с професионална квалификация строителен техник или еквивалентна специалност, е ограничил участието на стопански субекти в обществената поръчка, които разполагат с технически правоспособни лица по смисъла на чл.163а, ал.4 от ЗУТ (ред. ДВ, бр. 25/2019 г.) и могат да изпълнят обществената поръчка съобразно изискванията, но не разполагат с технически ръководители с изискваната квалификация.

Преценката, какви критерии за подбор да постави, е в рамките на оперативната

самостоятелност на възложителя, която е ограничена, доколкото при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки.

Съгласно разпоредбата на чл.59, ал.2 от ЗОП, възложителят може да използва спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по закона, които са **необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката.**

Професионалната квалификация на техническия ръководител е нормативно регламентирана и стесняването ѝ от възложителя е ограничително. Ограничението има възпиращо въздействие и безспорно е довело до възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с технически правоспособни лица съобразно нормативните изисквания за технически ръководител на строителните работи и изпълнение на отговорностите разписаните в чл.163а, ал.4 от ЗУТ, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.

Ограничението безспорно е довело до нарушаване принципите на свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация предвид разубеждаващото му въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални участници.

Във връзка с направените възражения от страна на жалбоподателя, депозиран от него в жалбата и поддържани от проц.представител в съдебно заседание, настоящия съдебен състав счита следното:

АУАН № ЗОП-64/23.11.2022 година е издаден в законово регламентиран с разпоредбата на чл.260, ал.1 от ЗОП шестмесечен срок от откриване на нарушителя. Видно от съставения и подписан на 10 октомври 2022г. констативен протокол, нарушителката Г. е установена и открита на тази дата. Обстоятелството, че този шестмесечен срок е спазен се потвърждава и от други доказателства, напр. Справка за отговорните длъжности лица - изх. № 1639/29.06.2022г. за отговорните длъжностни лица в Община А за периода от 01.01.2020г. до 31.12.2021г.; Обяснения от възложителя с изх. № 2306/30.09.2022г.; Справка изх. № 2462 от 10.10.2022г. за присъствените дни на Я. С. Г., кмет на Община А през м. февруари 2020г.

Актът за установяване на административното нарушение е съставен от Ч. С. М., на длъжност старши одитор - първа степен, в Одитна дирекция I "Одити за съответствие при финансовото управление" на Сметната палата, оправомощена със заповед № 342/31.10.2019 година на Председателя на Сметната палата. Наказателно постановление № ЗОП - 64/26.04.2023 г. е издадено от Председателя на Сметна палата, компетентен на основание чл.260, ал.2 от ЗОП да издава такива.

Актът е съставен в присъствието на нарушителката в град А, обяснена ѝ е фактическата страна на извършеното от него нарушение, както и възможността да даде обяснения (възражения), веднага или в седмодневен срок, съгласно чл.44, ал.1 от ЗАНН (ред. ДВ, бр. 109/2020 г., в сила от 23.12.2021 г.). В законоустановения срок са постъпили писмени възражения по акта за установяване на административно нарушение, които

разгледани по същество са преценени от АНО катонезоснователни. Същите не сочат обстоятелства, които да променят установената фактическа обстановка във връзка с извършеното нарушение, а изложените доводи не водят до заключението за липса на извършено нарушение, според становището на АНО, депозирано от него в обжалваното НП.

В част от своето възражение нарушителката Я. Г. се позовава на Решение на СЕС от 3 март 2022 г. относно преюдициално запитване спрямо възлагането на обществени поръчки. Вярно е, че в цитираното решение на Съда на Европейския съюз е записано, че се „допуска възможността в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка, възлагащият орган да наложи като критерии за подбор, свързани с техническите и професионалните способности на икономическите оператори, изисквания, които са по-стриктни от минималните изисквания, поставени от националната правна уредба”, но тази възможност не е безгранична. Изрично в цитираното съдебно решение европейските съдии поставят условието „тези изисквания да са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка, да са свързани с предмета на поръчката и да са пропорционални на този предмет". Безспорно всяко поставено изискване от възложителят към потенциалните кандидати или оференти следва да бъде съобразено с предмета на поръчката, като възложителят трябва да спазва и определени условия. Изрично европейските съдии записват в своето решение, че „при определянето на критериите за подбор възлагащият орган трябва и да спазва основните принципи за възлагането на поръчки, посочени в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24. Той следва също така, първо, да третира икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминира, както и да действа по прозрачен и пропорционален начин, второ, да гарантира, че не подготвя поръчката с цел да я изключи от обхвата на тази директива или изкуствено да ограничи конкуренцията, като я подготви с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение.

Както в АУАН № ЗОП-64/23.11.2022 г., така и в издаденото НП № ЗОП-64 от 26.04.2023 г. подробно е посочено в какво се състои нарушението на чл.2, ал. 2 от ЗОП, а именно, че е ограничил конкуренцията, като е включил условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Подробно са разгледани условията, поставени от жалбоподателя Я. Г., в качеството ѝ на възложител, които представляват нарушаване на чл.2, ал.2 от ЗОП.

В тази насока е и касационното Решение № 10195/24.07.2020 г. на ВАС по АД 9048/2019 г., на ВАС, с което потвърждава Решение 256/16.05.2019 г. по АД 320/2019 г. на Административен съд - Плевен, като изрично върховните съдии приемат, че „необосновани са наведените от касатора оплаквания, че съгласно разпоредбите на ЗОП в оперативната самостоятелност на всеки възложител е да въведе критерии за участие към икономическите оператори в процедурата, които според него биха довели до най- качествен подбор на самите участници. Процедурите за възлагане на обществени поръчки, уредени в ЗОП, са способ за

задоволяване на потребностите на възложителите с предмет строителство, услуги или доставки на стоки, при ефективно разходване на публичните средства, средствата, предоставяни от европейските фондове и програми и тези на дружествата и предприятия, които са възложители по смисъла на ЗОП. При определянето на изискванията възложителите са длъжни да се съобразяват със заложените в ЗОП разпоредби, чиято цел е да се гарантира свободната конкуренция, както и равнопоставеността и недопускането на дискриминация. В рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи предмета на поръчката и изискванията към потенциалните участници, като при спазване на разпоредбата на чл.2, ал.2 ЗОП е необходимо същите да не ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка“.

Многократно Върховен административен съд като касационна инстанция е застъпвал становището, че поставеното от възложителя изискване обективно е ограничително, тъй като ограничава кръга на потенциалните участници само до тези, които отговарят на поставените изисквания. Това ограничение, с оглед на изложеното по-горе, обективно се явява необосновано ограничително. В тази насока е Решение 6933 от 09 юни 2021 г. по адм.дело 3932/2021 г. на ВАС. Касационните върховни административни съдии в същото това решение се произнасят и по въпроса за вредоносния резултат, като се позовава и на постановена практика на Съда на Европейския съюз. А именно „изводът на административния орган е правилен и съответен не само на закона, но и на практиката на съда на Европейския съюз - решение от 14 юли 2016, Wroclaw, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45. Прилагайки теста на Съда на Европейския съюз за преценка на възможността едно нарушение на правилата за възлагане на обществените поръчки да причини или да би могло да причини вреда на бюджета на Съюза първоинстанционният съд е направил правилен и обоснован извод, че процесното нарушение не може да изключи възможността за такова отражение, тъй като обективно не може да се изключи възможността потенциални участници да са се отказали от участие в поръчката поради поставения критерий за подбор, а това предполага и потенциалната възможност някой от тях да е могъл да направи предложение, което дава по-оптимално съотношение качество/цена“.

Това решение е напълно актуално при разходването на всички публични средства, а не само на финансовите средства на Европейския съюз.

В НП административнонаказващият орган е посочил, че преди да се произнесе по АНП е проверил акта с оглед на неговата законосъобразност и обоснованост. Преценил е събраните в хода на производството и приложени писмени доказателства в съответствие с чл.52, ал.4 от ЗАНН, тежестта на нарушението, смекчаващите и отегчаващите вината обстоятелства, както и основанията за прилагане на чл.28 от ЗАНН, действащи към момента на издаване на НП № ЗОП-64/26.04.2023г. Преценката за наличието на маловажност на деянието е оставена на административнонаказващия орган и същата подлежи на съдебен

контрол, в който смисъл е Тълкувателно решение № 1/12.12.2007 г., постановено по т. д. № 1/2005 г. на ОСНК при ВКС - задължително за прилагане както от правораздавателните, така и от административните органи. В Тълкувателното решение се приема, че изразът в разпоредбата на чл.28 от ЗАНН „може” не предполага действие при оперативна самостоятелност, а означава възлагане на компетентност на съответния административен орган. Следователно при издаване на НП, АНО е длъжен да извърши преценка дали са налице основанията на чл.28 от ЗАНН и да приложи правилно закона, като отграничи „маловажните“ случаи от нарушенията, обхванати от чл.6 от ЗАНН. Законодателят обаче не вменява задължение за административнонаказващият орган текстово да вписва в издавано наказателно постановление мотиви за неприложимост на института по чл.28, буква „а” от ЗАНН в действащата редакция към момента на издаване на наказателното постановление. Подобно задължение за административнонаказващият орган липсва, защото не е предвидено в ЗАНН съгласно разпоредбата на чл.57, ал.1 от ЗАНН, относно задължителните законоустановени реквизити на НП, а също и от разпоредбата на чл.53, ал.1 от ЗАНН, съгласно която наказващият орган издава НП, след като установи, че нарушителят е извършил деянието и липсват основания за приложението на чл.28 от ЗАНН. Административнонаказващият орган (АНО) е длъжен да извърши проверка дали деянието не е маловажно и ако намери, че това е така, да приложи разпоредбата на чл.28 от ЗАНН. В процесния случай фактът, че председателят на Сметната палата се е произнесъл именно с наказателно постановление и е наложил административно наказание, а не писмено предупреждение, е показателен за това, че същият е приел, че обществената опасност на процесното административно нарушение не може да бъде изключена. АНО е посочил в НП, че не са налице основания за прилагане на чл.28 от ЗАНН.

Безспорен е фактът, че именно жалбоподателката е публичен възложител по чл.5, ал.2, т.9 от ЗОП (ред. в ДВ, бр. 13/2016 г.) и кмет на Община А към момента на извършване на нарушението и като такава е следвало да положи необходимите усилия, за да съобрази поведението си с императивните разпоредби на ЗОП.

При определяне размера на наказанието - глоба, административно наказващият орган е спазил определения в чл.247, ал.1 размер – 2% от стойността на сключения договор, но не повече от 10 000 лева. /Договор № 224/13.07.2020г. с предмет „Изпълнение на ремонт и рехабилитация на улична мрежа на територията на гр. А, с. К и текущ ремонт на Републикански пътища в границите на гр. А“ на стойност от 438 649,16 лв. без ДДС и 526 378,99 лв. с вкл. ДДС, сключен между Община А, представлявана от кмета Я. С. Г. и „Барс“ АД, представлявано от Д. С. Д. - изпълнителен директор/.

Напълно се споделя становището на АНО, че случаят не може да се квалифицира като маловажен по смисъла на чл.28 от ЗАНН, тъй като не разкрива по-ниска степен на обществена опасност в сравнение с другите нарушения от този вид. Наложено е наказание е съобразено с чл.27 от ЗАНН - при определянето му да се вземат предвид тежестта на нарушението, подбудите за неговото извършване и другите смекчаващи и отегчаващи отговорността обстоятелства, обуславящи налагането му, тъй като е в границите на

посоченото по чл.247, ал.1 от ЗОП и е в законово определените от тази правна норма размери.

Настоящият съд съобразява решение от 31.03.2022г. по дело № C-195/21г. на СЕС. Съгласно т.1 от диспозитива на това решение, Член 58, параграфи 1 и 4 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО, изменена с Делегиран регламент (ЕС) 2017/2365 на Комисията от 18 декември 2017г., трябва да се тълкува в смисъл, че допуска възможността в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка възлагащият орган да наложи като критерии за подбор, свързани с техническите и професионалните способности на икономическите оператори, изисквания, които са по-стриктни от минималните изисквания, поставени от националната правна уредба, стига такива изисквания да са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка, да са свързани с предмета на поръчката и да са пропорционални на този предмет.

Съдът съобразява и решение C-601/13 на СЕС, съгласно т.31 от което качеството на изпълнение на дадена обществена поръчка може да зависи по определящ начин от професионалните умения на персонала, на който е възложено изпълнението ѝ, като тези умения се изразяват в техния опит и квалификацията им. Това се отнася до всички обществени поръчки, доколкото т.32 от същото решение посочва, че това важи с още по-голяма сила, когато престацията, предмет на обществената поръчка, е от интелектуален характер и е свързана, както в главното производство, с обучителни и консултантски услуги.

Видно от ОП на обществената поръчка, същата касае ремонт на общински пътища, както и осъществяване на авторски надзор. По отношение на изискването относно ръководителя на проекта да е строителен инженер, съдът съобразява следното:

С въведеното от възложителя изискване за професионална квалификация за "ръководител на проект" е определена и конкретна специалност – строителен инженер. Доколкото предмета на обществената поръчка е свързан със проектиране и строителство, както и авторски надзор, то безспорно както сочи и административният орган, относими са разпоредбите на Закона за устройство на територията (ЗУТ). Този специален закон определя компетентността на лицата в строителството, посочвайки в чл.163а, ал.1, че строителят е длъжен да назначи по трудов договор технически правоспособни лица, които да извършват техническо ръководство на строежите, а в ал.2 на същия член законът определя кои лица се считат за технически правоспособни. Това са 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". Разпоредбата определя технически правоспособните лица, които по принцип (въобще) биха могли да участват в процеса на строителство, независимо от вида на конкретното строителство, поради което не могат да бъдат изключени хипотезите, в които едно лице макар да е технически правоспособно за осъществяване на техническо ръководство

строежите, съгласно изискванията на чл.163а, ал.2 от ЗУТ, се явява не квалифицирано по отношение на конкретен вид строеж, с оглед на факта, че придобитата от него квалификация на строителен инженер или инженер не съответства като профил на конкретния строеж. Именно по тази причина възложителите на обществени поръчки разполагат с възможност да поставят изисквания към участниците да разполагат с персонал с определена квалификация, включително и като образование и специалност, която квалификация обаче безспорно следва да е съобразена с конкретната обществена поръчка като предмет, обхват и характер.

В случая съдът приема, че изискването за необходимо висше образование е в съответствие с НКПД, но същото по отношение на изискваната специалност "строителен инженер" е ограничително. Лицата със специалност "архитект" също могат да са ръководители на проекти, разполагат с необходимата за това квалификация, и фактът, че възложителят не е дал възможност архитекти с необходимия опит да бъдат ръководители на проекта, е довело до ограничаване на конкуренцията. Проверката за наличие на нарушение на чл.59, ал.2 от ЗОП следва да е свързана с обстоятелството дали въведените от възложителя изисквания съответстват на предмета, обема и характера на обществената поръчка и дали чрез тях се установява възможността на конкретния участник за нейното изпълнение. В случая тези изисквания не са спазени, въпреки че предмета на конкретната поръчка е строителство на значително по обем съоръжение от транспортната инфраструктура, а изискванията към ръководителя на обекта са за наличие на висше образование и специалност – строителен инженер. С оглед предмета, обема и характера на обществената поръчка и възможността на конкретния участник за нейното изпълнение, е ограничителна липсата на възможност ръководител на проекта да е архитект. Възможност за лице с такава специалност да ръководи проекта не е посочена от възложителя, въпреки, че съгласно ЗУТ и спецификата на процесната обществена поръчка правото на лица с такава специалност не следва да бъде ограничавано в тази насока. Като не е предвидил такава възможност в решението и обявлението, възложителят е нарушил чл.59, ал.2 от ЗОП, като така е ограничил конкуренцията, и е допуснал дискриминация, поставяйки дискриминационно условие, в нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП. Предвид гореизложеното, с допуснатото възложителя е извършил нарушение на чл.59, ал.2 и чл.2, ал.2 от ЗОП.

При така установените факти материалният закон е издирен и приложен правилно от АНО, като в производството не са допуснати съществени процесуални нарушения, водещи до отмяна на обжалваното НП.

Според чл.63д, ал.1 от ЗАНН в съдебните производства пред районния съд страните имат право на присъждане на разноски по реда на Административнопроцесуалния кодекс. Според чл.143, ал.3 от АПК, когато съдът отхвърли оспорването или подателят на жалбата оттегли жалбата, страната, за която административният акт е благоприятен, има право на разноски. С оглед крайния изход на спора и направеното от пълномощника на въззиваемата страна искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение, като взе предвид фактическата и правната сложност на случая, съдът прецени, че жалбоподателят следва да бъде осъден на основание чл.63д, ал.4 от ЗАНН във вр. с чл.143 от АПК да заплати на

Сметната палата на Република България юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева, определено съгласно чл.144 от АПК във вр. с чл.78, ал.8 от ГПК вр. с чл.37, ал.1 от ЗПП и чл.27е от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Искането на проц.представител на жалбоподателя за присъждане на адвокатско възнаграждение се явява неоснователно при този изход на делото и следва да бъде отхвърлено като такова по аналогия на изложеното по-горе.

Водим от гореизложеното и на основание чл.63, ал.2, т.5 във вр.с чл.63, ал.9 от ЗАНН, Районен съд- Силистра

РЕШИ:

ПОТВЪРЖДАВА Наказателно постановление № ЗОП-64/ 26.04.2023г., издадено от Г. Н. Г-К, на длъжност Председател на Сметната палата на Република България, въз основа на АУАН № ЗОП-64/ 23.11.2022г. с което на основание чл.247, ал.1, предл.първо във вр.с чл.260, ал.2 от Закона за обществените поръчки е наложено административно наказание-глоба в размер на 10 000 / десет хиляди / лева на Я. С. Г. от гр.А, обл.С, ЕГН ***** за извършено нарушение по чл.2, ал.2 от Закона за обществените поръчки във вр.с чл.59, ал.2 и чл.177 от ЗОП, в качеството и на Кмет на Община А, като **законосъобразно, доказано, обосновано и правилно.**

ОСЪЖДА Я. С. Г. от гр.А, обл.С, , ЕГН ***** , в качеството и на Кмет на Община А **да заплати** на Сметна палата на Република България юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 (сто) лева.

ОСТАВЯ БЕЗ УВАЖЕНИЕ искането на адв.П. Й. при АК-Силистра за присъждане на адвокатско възнаграждение, като неоснователно.

Решението подлежи на касационно обжалване в четиринадесет дневен срок пред Административен съд- Силистра, считано от датата на съобщаването му.

Съдия при Районен съд – Силистра: _____