

РЕШЕНИЕ

№ 7123

гр. София, 21.11.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 30.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **6458** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление/ЗУСЕФСУ/.

Образувано по жалба на и.д. изпълнителния директор на Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/, с посочен адрес за кореспонденция по делото: [населено място], [улица], БУЛСТАТ[ЕИК] срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2023-340/19.06.2023г. на Ръководителя на управляващия орган/РУО/ па оперативна програма „Добро управление“ /ОПДУ/ и директор на дирекция „Добро управление в администрацията на Министерски съвет с което по отношение на жалбоподателя, в качеството му на бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-2.019-0068-C02 от 01.06.2020г. е определена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор № 3931/01.09.2020г. с изпълнител „КЛИЙНТЕХ БЪЛГАРИЯ“ ООД.

Твърди се материална незаконосъобразност на оспореният акт, като постановен в нарушение на чл.11 ал.1 от ЗОП. При отчитане основния и допълнителния обект на поръчката, както и факта, че „Клийнтех България“ ООД не осъществява туроператорска дейност по занятие, незаконосъобразен се явява и извода на РУО, че дружеството изпълнител следва да разполага с регистрация по Закона за туризма. Твърди се още, че самите условия на които следва да отговарят разходите по оперативната програма не съдържат условие налагащо въвеждане на изискване за

регистрация по ЗТ на участниците в процедурата по възлагане на ОП.

След извършено администриране на жалбата и отстраняване констатираните нередовности, съдът, намира, че същата жалбата е редовна, в съответствие с изискванията за съдържание и приложения съгласно чл.150 и чл.151 от АПК и допустима – в съответствие с изискванията на чл. 159 АПК и като такава подлежи на разглеждане по същество.

Ответната страна – РУО на ОП „Добро управление“ и директор дирекция „Добро управление“ при МС изразява становище за неоснователност на жалбата аналогично с мотивите,инкорпирани в оспореният акт.

Така, в оспореното Решение № ФК-2023-340/19.06.2023г. на РУО на ОПДУ е прието, че във връзка с провеждане на процедура по възлагане на ОП с предмет „Повишаване на знанията и уменията на служителите на регионалните лаборатории на Главна дирекция „Лабораторно-аналитична дейност към ИАОС“ и сключен договор за възлагане на обществена поръчка № 3931/01.09.2020г. е допуснато нарушение на основните принципи на чл.2 ал.1 т.1 и т.2 и т.4 от ЗОП водещо до невъзможност за постигане законовата цел – ефективност при разходване на публичните средства,предоставени по европейските фондове и програми.

Конкретното нарушение се изразява в липсата на изискване от страна на възложителя на ОП - класираният на първо място в процедурата участник да бъде регистриран в съответствие с чл.61 ал.2 от ЗТ. С това е прието за нарушена разпоредбата на чл.60 ал.1 от ЗОП касаеща поставянето критерии за годност.

Посоченото нарушение е съотнесено към т.9.1 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности,представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕСИФ/Наредбата/.

С оглед твърденията на страните и предмета на служебна проверка по чл.146 АПК, съдът съобрази:

Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ органи по програмите по чл. 3, ал. 2, финансирани със средства от ЕФСУ, са управляващите органи, счетоводните органи и одитните органи. По силата на ал. 5 от посочената разпоредба Управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или определено от него лице. Правомощия на ръководител на управляващия орган по този закон може да се упражняват и от овластено от него лице.

Със Заповед № Р-109/08.06.23 г., Министър председателят на Република България е оправомощил И. П. – директор на дирекция „Добро управление“ в администрацията на МС да осъществява правомощията на Ръководител на УО на ОП „Добро управление“ 2014-2020 г.

С оглед изложеното, оспореното решение е издадено от компетентен орган, в съответствие с чл.146 т.1 от АПК.

На следващо място, следва да се приеме, че същият е постановен в в предвидената от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК вр.чл.73 ал.1 ЗУСЕФСУ, като съдържа изложение на фактическите и правни основания за определяне на финансова корекция.

Във връзка с преценката за спазване административно-производствените правила, съдът съобрази, че с писмо № 02.50-17/02.05.2023г., РУО на ОПДУ е уведомил жалбоподателя за извършена проверка за законосъобразност на посочената процедура по възлагане на ОП, като с писмото са изложени и съображения на органа относно констатираното нарушение, основателността и размера на финансовата корекция, като му е предоставен двуседмичен срок за предоставяне на възражения и представяне на доказателства. Т. възражение е представено от ИАОС с писмо изх. № 1549 от 17.05.2023г. Кореспонденцията е проведена чрез ИСУН, като по делото са налице данни за редовното получаване, подаване и връчване на изявленията на страните. В тази връзка и при постановяване на акта не е налице нарушение на чл.146 т.3 вр. чл.73 ал.2 от ЗУСЕФСУ.

При преценка материалната законосъобразност на акта и съответствието му с целта на закона, съдът съобрази:

Жалбоподателят е бенефициент по проект № BG05SFOP001-2.019-0068 „Повишаване на знанията и уменията на служителите на регионалните лаборатории на Главна дирекция „Лабораторно-аналитична дейност към ИАОС“, финансиран по ОП „Добро управление“, в изпълнение на който е организиран, провел и възложил обществена поръчка с предмет: „Специализирани обучения за повишаване на знанията и уменията на служителите на регионалните лаборатории на Главна дирекция „Лабораторно-аналитична дейност към ИАОС“. В резултат от сключеният договор за предоставяне на БФП и проведена процедура по възлагане на обществена поръчка, за изпълнител е определена фирма „Клийнтех България“ ЕООД, респ. сключен е и договор за възлагане на обществена поръчка № 3931/01.09.2020г.

Безспорно и по силата на чл.61 ал.1 и ал.2 от ЗТ, туроператорската и туристическата агентска дейност подлежат на контрол от държавата с цел защита и гарантиране сигурността и правата на потребителите на туристически услуги, както и с цел предотвратяване възникването на опасност от увреждане на държавни и обществени интереси в туризма, като туроператорска и/или туристическа агентска дейност на територията на Република България се извършва от регистрирано по този закон лице, с изключение на случаите по чл. 62. Нормата на чл.62 регламентира свободното предоставяне на услуги от туроператор или туристически агент.

Затова, следва да се установи дали ИАОС представлява потребител на туристически услуги и дали конкретната дейността по обучение спада в обхвата на туроператорската или туристическата агентска дейност – по смисъла на закона. Като отправна точка при преценка законосъобразността на настоящият казус следва се отбележи, че една дейност, като процесната – организиране и провеждане на обучение, може да разкрива някои сходни или характерни за туристическата дейност, белези без това обаче да я прави туристическа по своята същност и характер, както и обратното – ясно подчертаният определящ на характер на дадена дейност, може да обоснове извода, че същата е само привидно спомагателна по отношение на основната.

Текста на пар. 1 от ДР на ЗТ дава легална дефиниция на относимите към спора понятия, като в т. 59 се предвижда, че: "Туроператорска дейност" е организирането на туристически пакети, предлагани за продажба, пряко или посредством туристически агент с цел туризъм, отдих, развлечения, бизнес, участие или посещение на прояви и събития с културен и опознавателен характер, на конгресни и делови събития или с друга цел.

От своя страна т. 60 на пар.1 от ДР на ЗТ гласи, че: "Туроператор" е лице, регистрирано по реда на този закон и вписано в регистъра на туроператорите и туристическите агенти за упражняване на туроператорска дейност, което изготвя туристически пакети и ги продава или предлага за продажба пряко или чрез посредничеството на друг търговец, или съвместно с друг търговец, или което предава данните на пътуващия на друг търговец в съответствие с § 1, т. 67, буква "б", подбуква "дд" от допълнителните разпоредби.

На последно място, съгласно т.61 на пар.1 от ДР на ЗТ "Туристическа агентска дейност" е извършването на посредничество при: продажби на туристически пакети на крайни потребители; пасажерски авиационен, воден и автобусен превоз; резервационни, визови и други допълнителни туристически услуги, както и застраховки, свързани с туристическото пътуване.

Организацията на тематично обучение, от своя страна, като дейност или съвкупност от дейности, не среща своята регламентация в закона за туризма.

Спорният въпрос по делото се изразява в преценката дали дадена дейност се характеризира като туристическа с простият, еднократен акт на извършването и или за да попадне в предметният обхват на закона, следва да е налице системно или по занятие, извършване на дейността. Т.е. извършване с цел предоставяне на туристическа услуга, съобразно законовата дефиниция, а не предоставянето на услуги, характерни за туризма – пътуване извън определено населено място, кафе-пауза, нощувка и прочее, чието предоставяне обаче е само и единствено с цел - изпълнение на основната дейност.

Видно от цялата приложена по делото документация, целта за провеждане на ОП и възлагането и чрез договор се изразява в организиране и провеждане на 11бр. специализирани тематични обучения групирани в дейностите - анализ на отпадъци, пробонабиране в отделни компоненти – въздух, вода,почви,измерване шума в околната среда и европейско законодателство в областта на управление шума в околната среда. В този смисъл следва да се определи, че това е основната, преследвана от възложителя цел и дейност. Като неразривно свързани и обуславящи изпълнението и следва да се обособят дейностите по наем на зала, лектор и техническо обезпечение, т.е. тези дейности без които самото обучение не би могло да се проведе изобщо. Като допълнителни дейности, следва да се посочат дейностите по транспорт, прехрана, кафе-паузи, нощувка и т.н. Видно от договора за предоставяне на БФП обаче, тяхното предоставяне привидно необуславящо, се явява съществено условие за изпълнението на основната дейност.

Видно от описанието на дейност 1,2 и 3 от Приложение № 1 към административния договор за предоставяне на БФП, самото обучение следва да включва:

Дейност 1 – представяне на добри практики и аналитични изпитвания на физикохимични, неорганични и микробиологични показатели на биологично третирани отпадъци с цел съпоставимост с критерии за качество,съгласно нормативните гранични стойности,референти методи за изпитване и класификация и прекласификация на отпадъци.

Дейност 2 – практически обучения за пробонабиране на води.Обучението включва чисто практически дейности като пробонабиране, специфики, подготвителни дейности при пробонабиране, анализ и спецификации на пробите и т.н..

Дейност 3 – изисквания във връзка с измерване шума в околната

среда, включващо както обучение във връзка с изискванията на Регламент 2019/1010 на ЕП и Съвета, така и относно определянето на шум, еквивалентно ниво на шум, методика за определяне звукова мощност и прочее.

Съгласно „Начин на изпълнение“ към т.7 „План за изпълнение/ Дейности по проекта“ от Приложение № 1 към административния договор за предоставяне на БФП е изрично записано, че обученията - дейност 1,2 и3, следва да се изпълняват извън населеното място по месторабота, като прогнозната му продължителност е 3 дни, с изключение на дейност 1/два дни/.

В този смисъл, още с административния договор за предоставяне на БФП, РУО е поставил контекстуално, но императивно изискването бенефициента да обезпечи изпълнение на основната дейност по обучение/с включващите се в нея компоненти и поддейности/ чрез допълнителни, съпътстващи дейности, обусловени, както от изискването за място на провеждане на обучението, така и чрез неговата прогнозна продължителност, предполагаща и налагаща организация на нощувки и съпътстващите продължителността на обучението – прехрана, напитки, транспорт и т.н.

Посоченото обстоятелство позволява да се заключи, че не е налице туристическа, по своя характер дейност, а дейност по провеждане на обучение, чиито изисквания за изпълнение предполагат осигуряване на услуги, спадащи в сферата на туризма. Тяхното предоставяне обаче не е постоянно или по занятие, а само и единствено за целите на конкретният проект. Така, както правилно възразява жалбоподателят, ако в документацията по проведената ОП бе записано, че следва участниците да притежават регистрация по ЗТ, то това наистина би довело до ограничаване конкуренцията, при това напълно необосновано, тъй като еденици са дружествата, които от една страна биха могли да отговорят на изискването за професионална подготовка на тематичното, специализирано обучение в неговата строго експертна част, а от друга - да предоставят и туристически услуги, като лицензиран туроператор. Всъщност, по този начин и с подобно условие би се създадо потенциална възможност за участие само на обединения между две или повече лица, като от кръга потенциални участници се изключат всички други, можещи да отговорят експертно на изискването за специализация в материята на околната среда.

В своята практика, СЕС, макар и в контекста на данъчното облагане е имал възможността да дефинира кога една дейност следва да счита неразривно свързана с основната и кога разкрива самостоятелни белези, обуславящи подвеждането и под специален режим. И макар незадължителна към процесният спор, практиката му дава важни тълкувателни ориентири.

Така, съгласно възприетото от Съдът в Л., когато една сделка се състои от съвкупност от елементи и действия, трябва да бъдат отчетени всички обстоятелства, при които протича въпросната сделка, за да се определи по-специално дали са налице две или повече различни доставки или една-единствена доставка (вж. по-конкретно в този смисъл Решение от 27 октомври 2005 г. по дело *Levob Verzekeringen* и *OV Bank*, С 41/04, Recueil, стр. I 9433, точка 19, както и Решение от 10 март 2011 г. по дело *Bog* и др., С 497/09, С 499/09, С 501/09 и С 502/09, точка 52). В това отношение, налице е една-единствена доставка, когато един от елементите трябва да се разглежда като основна доставка, а друг елемент – като съпътстваща доставка, която подлежи на същото данъчно третиране като основната доставка (вж. Решение от 15 май 2001 г. по дело *Primback*, С 34/99, Recueil, стр. I 3833, точка 45 и цитираната съдебна практика).

На плоскостта на процесният казус – дейностите по транспорт, прехрана, организиране кафе-паузи и нощувки следва да се квалифицират като съпътстващи основната дейност – провеждане на специализирано обучение, като по силата на договора за предоставяне на БФП, провеждането на тези дейности, контекстуално е регламентирано като начин-изискване за осъществяване на основната. Ето защо, следва същите да бъдат подведени под нейния режим, респ. подчинени на изискванията на основната дейност, без да им се придава изцяло самостоятелен характер.

Дотук изложените съображения позволяват на настоящият състав да заключи, че по съществото си обществената поръчка не касае предоставяне на туристически услуги, поради което и избраният изпълнител, като непритежаващ лиценз за туроператор/туристически агент не е избран в нарушение на закона.

С оглед гореизложеното, обжалваното решение следва да бъде отменено в цялост, като неправилно. Липсата на установена и обоснована незаконосъобразност при възлагането на обществена поръчка и сключване договор за изпълнение, води до незаконосъобразност и на определената корекция.

С оглед изхода от спора и своевременно направеното искане за присъждане на разноски по делото в размер на 600лв. възнаграждение за процесуално представителство, заявено още с депозираната жалба, съдът намира претенцията за съответна по основание на чл. 143 ал.1 от АПК. Предвид факта, че жалбоподателя е представляван от юрисконсулт, а не от адвокат, както и с оглед материалният интерес на спора, приложима е разпоредбата на чл. 24 изр. второ от Наредбата за заплащането на правната помощ, поради което и с оглед фактическата и правна сложност на спора съдът счита, че респ. в тежест на ответника следва да се възложи сумата от 250лв.

Поради това и на основание чл. 172 ал.2, предл.второ от АПК, Административен съд София-град, Трето отделение, 74 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2023-340/19.06.2023г. на Ръководителя на управляващия орган на оперативна програма „Добро управление“ и директор на дирекция „Добро управление в администрацията на Министерски съвет.

ОСЪЖДА Министерски съвет на Република България да заплати на Изпълнителна Агенция по околната среда съдебно-деловодни разноски в размер на 250/двеста и петдесет/ лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от деня на съобщението, че решението е изготвено.

СЪДИЯ: