

РЕШЕНИЕ

№ 3169

гр. София, 12.05.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 10.04.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **604** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73 ал. 4 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е след връщането му от ВАС с Решение № 352/12.01.2023г. по адм.д. № 6392/2022г., с което е отменено като неправилно Решение № 2121/30.03.2022 г. по адм. дело № 11980/2021г. по описа на АССГ, което е било образувано по жалба на Агенцията по геодезия, картография и кадастър (АГКК/Агенцията), със седалище в [населено място], против Решение № ФК-2021-291/11.10.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" (ОПДУ) с което в тежест на Агенцията като бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.002-0005-C01/16.01.2017 г. с наименование "Създаване на кадастрални данни в цифров вид и развитие на електронните административни услуги на АГКК", е определена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка с № КД-1-22 от 26.07.2017 г., сключен с "Игео" ЕООД. Оспорва се така постановения акт с твърдения за незаконосъобразност и се иска отмяната му.

Жалбоподателят, редовно призован за с.з., не изпраща представител и не изразява становище по жалбата.

Ответникът – Ръководителят на УО на Оперативна програма „Добро управление“ се представлява от процесуалния му представител – юриконсулт К., който оспорва жалбата. Претендира юриконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

С атакуваното решение № ФК-2021-291/11.10.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" (ОПДУ) по отношение на Агенцията по геодезия, картография и кадастър е определена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка с № КД-1-22 от 26.07.2017 г., сключен с "Игео" ЕООД за нарушение на чл.112, ал.2, т.2, вр. чл.67, ал.6 ЗОП.

Агенцията по геодезия, картография и кадастър, със седалище и адрес на управление: [населено място], кв. П., [улица], БУЛСТАТ:[ЕИК] е бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.002-0005-C01/16.01.2017 г. с наименование „Създаване на кадастрални данни в цифров вид и развитие на електронните административни услуги на АГКК“. Във връзка с това е проведена ЗОП за услуга с предмет „Създаване на кадастрална карта и кадастрални регистри в цифров вид на урбанизираните територии, попадащи в землища на населени места в общини Б., П. и С., област Б., общини В., Б. и Бяла, област В., [община], област П., [община], област П. и [община], област П.“ по десет обособени позиции“ (обособена позиция № 2), в изпълнение на проект № BG05 SFOP001 -1.002-0005-C05.

По повод на извършен от ИА ОСЕС одит на операциите по ОПДУ, обхващащ сертифицираните разходи през периода 01.07.2020 г. до 30.06.2021 г., и след проверка на откритата процедура по ЗОП и сключен договор в обхвата на проверката по обособена позиция № 2, в изпълнение на проект № BG05SFOP001 -1.002-0005- C05 и констатирани нарушения по обособена позиция № 2, сключен № КД-1-22/26.07.2017 г. с „ИГЕО“ ООД, бенефициентът е уведомен с писмо № BG05SFOP001-1.002-0005-C06-M178. Същото е изпратено, на основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за провеждане на производства пред управляващите органи посредством ИСУН, чрез информационната система. Писменото възражение на бенефициента по реда на чл. 73, ал. 2, пр. второ от ЗУСЕСИФ, на основание чл. 35, ал. 1 от Наредбата е представено чрез информационната система, регистрирано под № BG05SFOP001-1.002-0005-C06-M179 в раздел „Кореспонденция“.

На основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, УО е започнал процедура по администриране на нередност по своя инициатива.

Производството е приключило с издаване на оспореното в настоящото производство Решение № ФК-2021-291/11.10.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" (ОПДУ) с което в тежест на Агенцията като бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-1.002-0005-C01/16.01.2017 г. с наименование "Създаване на кадастрални данни в цифров вид и развитие на електронните административни услуги на АГКК", с което е определена финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по договор за възлагане на обществена поръчка с № КД-1-22 от 26.07.2017 г., сключен с "Игео" ЕООД.

От правна страна съдът намира следното:

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от

Европейските фондове при споделено управление (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) , че подлежи на обжалване пред съд. Жалбата е депозирана в преклузивния 14-дневен срок по чл.149 ал.1 от АПК и същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е ОСНОВАТЕЛНА.

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи предварително уточнението, че на 01.07.2022 г. в Държавен вестник (ДВ), бр. 51 от същата дата, е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИДЗУСЕСИФ). Съгласно § 73 от същия, законът влиза в сила от деня на обнародването му в ДВ. С §1 ЗИДЗУСЕСИФ се изменя наименованието на закона на ЗУСЕФСУ. Доколкото обаче съответствието на индивидуалните административни актове, какъвто е и процесното решение на Р., с материалния закон се преценява към момента на издаването им (арг.от чл. 142, ал. 1 АПК), 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.

Оспореното решение е индивидуален административен акт, съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕФСУ и е издадено от компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ – „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“.

По силата на чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ решението, с което се определят финансови корекции, може да се оспорва пред съд по реда на Административнопроцесуалния кодекс като при съдебното оспорване се прилагат съответно разпоредбите на чл. 27, ал. 2 и 3 и ал. 5 и 6. от ЗУСЕСИФ.

По въпроса за компетентността на органа, издал обжалваните актове: Оспорените актове са издадени от компетентен орган. Съгласно чл. 9 ал. 5 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице.

С Постановление № 125 от 20.05.2015г на МС, в сила от 25.05.2015 г. за Управляващ орган на ОПДУ е определена Дирекция „Добро управление“ към Министерския съвет.

В конкретния случай по делото е приета като писмено доказателство Заповед № Р-90/10.05.2017г. на Министър – председателя на Република България, с която на основание чл. 40 ал. 6 от Закона за администрацията, чл. 77а ал. 1 т. 1 -т. 3, ал. 2 и ал. 6 от Устройствения правилник на Министерския съвет и на неговата администрация, приет с Постановление № 229 на Министерския съвет от 2009 г. и чл. 9 ал. 5 и параграф 10 ал. 1 от ЗУСЕСИФ и параграф 4 от Преходните и заключителни разпоредби на Постановление № 162 на Министерския съвет от 2016 г., с която е оправомощил И. Д. П. – Директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление 2014-2020 г.“, в това число да издава индивидуални, общи и вътрешнослужебни актове, свързани с

управлението и изпълнението на ОПДУ, от компетентност на ръководителя на УО на ОПДУ, предвидени в националното законодателство и в правото на Европейския съюз.

Оспореният акт е издаден именно от И. П. Директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерския съвет в качеството ѝ на Ръководител на УО на ОПДУ въз основа на надлежно оправомощаване с цитираната Заповед № Р-90/10.05.2017г. на Министър – председателя на Република България.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение. Съдът намира, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл. 59 ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73 ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59 ал. 2 т. 4 от АПК. В акта е посочена установена нередност по т.10 буква „б“, от Приложение 1 към чл. 2 ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, като е прието, че същата съставлява нередност по смисъла на чл. 70 ал. 1 т. 9 от ЗУСЕСИФ. Оспореният акт е издаден на основание чл. 70 ал. 1 т. 9 във връзка с чл. 73 ал. 1 във връзка с чл. 72 ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Доколко тези фактически и правни основания са материално законосъобразни и доколко обхващат всички елементи на фактическия състав на наложената финансова корекция е въпрос на материална законосъобразност на акта. Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. За констатираното нарушение, бенефициентът е уведомен с писмо. Същото е изпратено, на основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ИСУН) и за провеждане на производства пред управляващите органи посредством. ИСУН, чрез информационната система, като жалбоподателят е представил възражение по реда на чл. 73, ал. 2, пр. второ от ЗУСЕСИФ чрез ИСУН Р. на ОПДУ се е запознал с възраженията и ги е обсъдил с издаване на оспореното решение.

Решение № ФК-2021-291/11.10.2021 г. е издадено в предвидения едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е посочено в нормата на чл.73 ал.3 от ЗУСЕСИФ.

В оспореното пред съда решение на УО се твърди, нарушение на чл.112, ал.2, т.3 от ЗОП, във вр. С чл.67, ал.6 ЗОП, представляващо нередност по т.14 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансова корекция и процентите показатели за определяне размера на финансовата корекция по реда на ЗУСЕСИФ. Обосновано е с това, че е бил сключен договор за обществена поръчка с “Игео” ООД, без последното да е доказало съответствието си с критерия за подбор относно техническо оборудване и без да е изпълнило изискванията на възложителя за представяне на документи.

Видно от буква В3, т.2 от документацията по обществената поръчка, участниците в поръчката следва да разполагат като минимум със собствено или наето оборудване, необходимо за изпълнение на дейностите по обществената поръчка, а именно: 3 броя тотални станции и/или геодезически G. приемника; 3 бр. Автомобили и 1 бр. Лицензиран софтуер за създаване на КККР.

При подаване на офертите изпълнителя „Игео“ООД е посочил, че ще използва налични ресурси и капацитета на трето лице. Лично ще осигури две тотални станции, два двучестотни G. приемника; 2 автомобила и 2 бр.специализиран софтуер. Чрез привлеченото лице ще осигури за нуждите на изпълнението на договора една тотална станция, един двучестотен G. приемник и един автомобил.

При подписване на договора от 12.07.2017г. изпълнителя е представил декларация, с която е декларирал, че при извършване на дейностите по договора, няма да използва ресурса на привлеченото лице, тъй като вече разполага със свои ресурси.

Спорът между страните е доколко тази декларация покрива изискванията на чл. 67, ал.6 от ЗОП към датата на откриване на поръчката.

Чл. 67, ал. 1 ЗОП установява принципа на деклариране от участника на обстоятелствата, установяващи съответствие с критериите за подбор. Целта на въведения начин на подаване на оферта е да се намалят административните затруднения пред икономическите оператори, произтичащи от необходимостта да представят значителен брой сертификати или други документи, свързани с критериите за подбор, към датата на подаване на офертата. Възприетият от националния законодател подход на деклариране на съответствието с критериите за подбор е в съответствие с Директива 2014/18/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24), която Законът за обществените поръчки транспонира.

Съгласно чл. 67, ал. 6 ЗОП (в приложимата редакция към датата на обществената поръчка) 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.

В случая, при подаване на офертата изпълнителят „ИГЕО“ ООД е декларирал в ЕЕДОП относно изискуемото оборудване, че ще използва налични свои ресурси, както и капацитета на трето лице – „Мапкад“ ЕООД, като участникът „Игео“ ООД ще осигури от наличните си ресурси две тотални станции, два двучестотни G. приемника; 2 автомобила и 2 бр.специализиран софтуер , а чрез привлеченото лице ще осигури за нуждите на изпълнението на договора една тотална станция, един двучестотен G. приемник и един автомобил.

При подписване на договора от 12.07.2017г. обаче дружеството-изпълнител е представило декларация, с която е декларирало, че при извършване на дейностите по договора, няма да използва ресурса на привлеченото лице, тъй като вече разполага със свои ресурси.

Нарушението на чл. 67, ал. 6 ЗОП е извършено безспорно, но след като подборът е извършен, оценяването е приключило и е определен изпълнителят. Нарушението е на етап преди сключване на договора за възлагане на обществена поръчка.

В случая в решението на УО законосъобразно е тълкувана и приложена

разпоредбата на чл. 67, ал. 6 от ЗОП, според която преди сключването на договора за обществената поръчка, възложителят следва да изиска 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. В този смисъл е и обявената от възложителя документация за настоящата обществена поръчка, в която изрично са цитирани разпоредбите на чл. 67, ал. 5 и ал. 6 ЗОП. Органът по преразглеждането точно е преценил, че в ЗОП е предвидена възможност за възложителя да изиска, по своя преценка, някои или част от документите за доказване в съответствие с текста на чл. 67, ал. 5 от ЗОП, с цел проверка достоверността на декларираните данни. Тези разпоредби са разписани по този начин, защото целят премахване на административната тежест от участниците в процедурата, като се освободят от задължението да представят документи, касаещи личното им състояние и критериите за подбор на етап процедура и по този начин да им се позволи да насочат вниманието към подготовка на техническите си и ценови предложения за изпълнение на поръчката. Освен това чл. 59, ал. 3 ЗОП забранява на възложителите на обществени поръчки да изискват от участниците в тези процедури други документи за доказване на съответствие с поставените критерии за подбор, освен посочените в този закон. В случая с разпоредбите на чл. 67, ал. 5 и ал. 6 ЗОП са предвидени гаранции и механизми за проверка достоверността на декларираните обстоятелства посредством възможността възложителите да изискват от участниците и кандидатите да представят всички или част от документите, чрез които се доказва информацията, посочена в ЕЕДОП, когато това е необходимо за законосъобразното провеждане на процедурата, както и задължително изискване на документите, удостоверяващи липсата на основанията за отстраняване от процедурата и съответствието с поставените критерии за подбор преди сключването на договор за обществена поръчка. Следва да се посочи, че съгласно чл. 112, ал. 2, т. 3 ЗОП /в относимата редакция/ възложителят не сключва договор, когато участникът, класиран на първо място не докаже, че не са налице основания за отстраняване от процедурата. Т.е в правомощията на възложителят е заложено да откаже да сключи договор в случай, че спечелилият първо място не успее да докаже декларираната в ЕЕДОП информация относно съответствията с критериите за подбор и липсата на основания за отстраняване. Поради това и като е приел, че декларацията на изпълнителя на ОП, без към нея да са приложени документи, които да удостоверяват обстоятелствата, за които е подписана същата, не изпълва изискванията на чл.67, ал.6 от ЗОП, административния орган е издал решение, което е съответно на законовите разпоредби.

В хода на производството по чл. 70 и сл. ЗУСЕФСУ (загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.), финализирано с оспорения акт, ръководителят на управляващия орган по програмата е констатирал нарушение на: чл. 112, ал. 2, т. 2 от ЗОП, вр. чл.67, ал.6 ЗОП. Нарушението е определено като нередност по т. 14 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 размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., изм., ДВ, бр. 19 от 6.03.2020 г., (Наредбата за посочване на нередности), а именно "критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отваряне на офертите или са приложени неправилно", която хипотеза не съответства на фактическите констатации на органа. Определеният при използване на пропорционалния метод процентен показател корекция е 25 %, като същият е приложен върху допустимите средства от ЕСИФ по договора.

Макар и да се приеме, че е налице нарушение и установена нередност, то същото неправилно е квалифицирано по т. 14 от Наредбата, тъй като в случая не се установява от доказателствата че е избран участник, който не отговаря на критериите за подбор, а неприлагането на съответни документи от страна на участника, с оглед неописването на същите, както приема органа не означава че същия не отговаря на критериите за подбор.

Освен това, следва да се отбележи, че в тази хипотеза нормативно установен елемент е това нарушение да е допуснато "в хода на процедурата". В нея са визирани случаите, при които критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което е определен за изпълнител кандидатът или участникът, който не отговаря на критериите за подбор и/или техническите спецификации, или е отстранен кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени. Приетото в акта от фактическа страна нарушение на етап преди подписване на договора не обосновава заключение за промяна на офертата на участника в хода на процедурата, поради която промяна впоследствие поръчката да е възложена именно на този кандидат. Напротив, във фактическите си установявания административният орган сочи, че избраният изпълнител не е представил документи, изискуеми съгласно разпоредбите на чл. 112, ал. 1, т. 2 ЗОП към момента на сключване на договора за изпълнение.

Предвид това, констатираните от УО обстоятелства, които според него

представляват нарушение на нормите на ЗОП, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 на Наредбата, тъй като не изпълват предвидените предпоставки.

Наредбата, за разлика от отменената с нея Методологията за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма "Солидарност и управление на миграционните потоци" (Методологията, отм.), не съдържа разпоредба идентична с разпоредбата на чл. 9, ал. 6, която предвиждаше, че при установен случай на нарушение, който не е обхванат от приложението към чл. 6, ал. 1, за изчисляване на размера на финансовата корекция се приема процентният показател, предвиден за най-близкото по категория нарушение.

Без наличието на изрична правна норма, която да позволява подвеждането на невизирано в Приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата нарушение към регламентирано такова фактически не е налице нарушение на приложимото право, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове с оглед на чл. 73, ал. 2 във вр. с ал. 1, т. 9 ЗУСЕЦИФ, а и с оглед на изричната разпоредба на чл. 1, ал. 1 от Наредбата. А липсата на вреда е липса на елемент от фактическия състав на нередността.

Предвид това, констатираните от УО обстоятелства, които според него представляват нарушение на нормите на ЗОП, не могат да бъдат подведени под сочената в акта хипотеза за нередност по т. 14 от Приложение № 1 на Наредбата, тъй като не изпълват предвидените предпоставки.

С оглед на изложеното съдът приема, че жалбата основателна, а оспореното решение като постановено в нарушение на материалния закон следва да бъде отменено по отношение на процесното нарушение за незаконосъобразни изисквания за "критерии за подбор" и определяне на изпълнител, който не отговаря на поставените критерии, квалифицирани като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности. По отношение на тези нарушения липсва посоченото нарушение на правото на ЕС и на свързаното с неговото прилагане национално право. С оглед липсата на нарушение липсва вреда на бюджета, и е безпредметно да се търси причинна връзка между нарушение и вреда, тъй като и двете не са налице.

Водим от горното АССГ, III отделение, 7-ми състав

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалбата на Агенцията по геодезия, картография и кадастър (АГКК/Агенцията), със седалище в [населено място], Решение № ФК-2021-291/11.10.2021 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" (ОПДУ), като незаконосъобразно.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: