

РЕШЕНИЕ

№ 360

гр. София, 21.01.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 04.11.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **7776** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“, представлявана от директора – главен комисар Н. Н., срещу решение от 15.07.2021г. издадено от Главния директор на Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ (ОПОС) в Министерството на околната среда и водите (МОСВ) и ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014 – 2020г.“, за налагане на финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключения договор No 1983опд-21/10.05.20г. с изпълнител [фирма]. Жалбоподателят счита решението за незаконосъобразно поради противоречие с материалния закон и допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Поддържа, че нарушенията, описани от страна на УО, не са извършени, като излага подробни доводи. Претендира се присъждане на направените разноски и юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрк. Б., която поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена.

Ответникът – Главния директор на Главна дирекция „ОПОС“ в МОСВ и ръководител на УО на ОПОС, чрез процесуален представител – юрисконсулт А., оспорва жалбата,

като я счита за неоснователна. Подробни доводи излага в писмени бележки. Моли жалбата да бъде оставена без уважение.

От фактическа страна.

Главна Дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ – МВР е бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ No Д-34-26/20.07.2016г. за изпълнение на проект с наименование „Центрове за повишаване готовността на населението за реакции при наводнения“ по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020г.“

УО на ОПОС е извършил последващ контрол за законосъобразност на проведената от бенефициера обществена поръчка с наименование „Реконструкция и модернизация на центрове за повишаване готовността на населението за реакция при наводнения [населено място], [община]“, в резултат на която е сключен договор No 1983опд-21/10.05.20г. с изпълнител [фирма] стойност 1 644 444.96лв. Без ДДС.

При проверката са направени следните констатации: При анализа на заложените критерии за подбор и по двете обособен позиции “годност за упражняване на професионална дейност”, възложителя е поставил следното условие, относно доказване съответствието с критериите за подбор: “При участие на обединения, които не са юридически лица”, съответствието с критерия за подбор се доказва, съгласно чл.59, ал.6 от ЗОП. Всяко от лицата трябва да има съответната регистрация” и Участникът да притежава Удостоверение за регистрация в централен професионален регистър на строителя към Строителната камара за строежи 4 група, 1 категория, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени и/или удостоверение съгласно чл.25а от З..

За резултатите от извършения последващ контрол бенефициерът е уведомен с писмо изх. No 4-001-0001-2-635 от 18.06.21г., като в писмото, освен излагане на констатациите и изводите от проверката, се съдържа и уведомление за това, че следва да бъде наложена на финансова корекция за констатираното нарушение в размер на 5% от стойността на разходите по сключения договор No 1983опд-21/10.05.20г. с изпълнител [фирма]. С писмото е даден на бенефициера срок от 14 календарни дни, в който да представи писмените си възражения по основателността и размера на финансовата корекция.

В отговор жалбоподателят е депозирал възражение от 01.07.21г. В което оспорва направените изводи от страна на проверяващия орган. Ръководителят на УО е разгледал и обсъдил възражението на жалбоподателя, но го е счел за неоснователно, поради което на 15.07.2021г. е издал процесното решение, с което е наложил финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключения договор No 1983опд-21/10.05.20г. с изпълнител [фирма]. Административният орган е възприел изцяло констатациите от извършения последващ контрол, както и направените изводи.

Според изложените в решението мотиви, административният орган е приел за изпълнен фактическият състав на чл.70,ал.1,т.9 от ЗУСЕСИФ – налице е нередност, тъй като УО на ОПОС е установил противоправно поведение на бенефициера при провеждане на обществената поръчка - нарушен чл.2, ал.1 и ал.2 от ЗОП. УО е приел, че нарушението има финансово отражение, което се изразява в наличието на възможност за нанасяне на вреда на средствата, предоставени от ЕС. Обосновавайки

защо е неприложим диференциалният метод, е използвал пропорционалния метод за определяне размера на финансовата корекция, който е окончателно установен на 5% от стойността на сключения договор No 1983опд-21/10.05.20г. с изпълнител [фирма]

Решението е надлежно връчено на жалбоподателя - л.51 от делото.

От правна страна .

Жалбата е подадена срещу акт, за който изрично в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ е предвидено, че подлежи на съдебен контрол, от лице, което е адресат и е пряко засегнато от оспорения акт. Писмо с което е изпратено решението на Ръководителя на УО, и самото решение е съобщено на жалбоподателя на 16.07.21г. Считано от тази дата, жалбата е подадена в срок и е допустима.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед No РД-553/27.05.21г. на министъра на околната среда (л.39), издалата оспореното решение В. К. – Главен директор на ГД „ОПОС“ в МОСВ е определена да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПОС 2014 – 2020г., като правомощието за налагане на финансови корекции не е сред тези, които са изрично изключени от обхвата на делегацията. С оглед на това съдът намира, че процесното решение е издадено от орган, притежаващ необходимата материална компетентност, поради което твърденията за нищожност на акта на това основание са неоснователни. Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл.73, ал.2 от закона, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция 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 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставен двуседмичен срок за възражения. Бенефициерът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

Съгласно чл. 59, ал.2, т.4 от АПК административният акт следва да съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В оспореното Решение органът е изложил фактическите основания, които в случая са констатациите от извършения последващ контрол. Самите фактически констатации не се оспорват от жалбоподателя. Предмет на спора по същество е дали тези констатации могат да обосновават извод за наличие на нарушение, съставляващо основание за налагане на финансова корекция.

Като правно основание за налагане на финансовата корекция административният орган е посочил чл.70, ал. 1, т.9 от ЗУСЕСИФ (в приложимата редакция) - друга

нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет (чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ).

Досежно нарушението на чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП):

Страните не спорят, че в документацията за участие възложителят е поставил критерий за подбор годност (правоспособност), като е заложил, че в случай, че участникът е обединение, всеки член на обединението следва да е вписан в Централния професионален регистър на строителя за изпълнение на строежи от втора група, трета категория и за шестте обособени позиции към момента на подаване на офертата. Така поставеният критерий за подбор в посочената част се тълкува от ръководителя на управляващия орган по програмата като необосновано ограничителен предвид нормата на чл. 3, ал.3 във връзка с чл. 3, ал.2 от Закона за К. на строителите. Съгласно така посочените разпоредби, строителите изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл 37, ал.1 от ЗУТ или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция „Строителство“, подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя. Когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове строителни и монтажни работи, поне един от участниците в обединението следва да е вписан в регистъра. Съгласно разпоредбата на чл. 59, ал.6 ЗОП, при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението.

Тълкуването на разпоредбата налага извода, че същата въвежда общ принцип по отношение на обединенията, съгласно който: съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него. Същата разпоредба поставя и изключенията от принципа, като това са случаите, в които: 1. Изисква се регистрация, сертификат или друго условие; 2. Това изискано условие (сертификат или регистрация) следва да е поставено като изискване с нормативен или административен акт; 3. Това изискано условие (сертификат или регистрация) следва да е необходимо за изпълнение на дейностите съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите.

Поставеното условие в случая е изискване за регистрация и то безспорно е необходимо за изпълнение на дейностите по поръчката. Липсва обаче изискване на административен или нормативен акт /т.е. предпоставката по т.2/, за да попадне поставеният критерий в изключението по чл. 59, ал.6 ЗОП, тъй като специалната разпоредба на чл 3, ал. 3 З. изрично посочва, че по отношение на обединенията, изискването е поне един от участниците в обединението да е вписан в регистъра. Предвид това, поставеното от възложителя изискване, всеки член на обединението да е вписан в ЦПРС необосновано ограничава участието на субекти, които не разполагат със съответната регистрация, но имат право на основание чл.3, ал.3 З. да участват в

изпълнението на СМР съвместно с регистрирано по надлежен ред лице.

Сочените нарушения на чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), вр. чл. 59, ал. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 6 от ЗОП са осъществени, като същите представляват нередност по т.11, б.“б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне 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., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г., изм. и доп., бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г., предвид осигуреното минимално ниво на конкуренция в рамките на процедурите.

Дефиницията на нередност, дадена в член 2, точка 36 от Регламент №1303/2013, съдържа три елемента, които формират фактическия състав на нередността: 1.) нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането му; 2.) това нарушение произтича от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове; 3.) и нарушението има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход.

Анализът на дефиницията ясно сочи, че „причинно-следствената връзка“ между нарушението и вредата е обективизирана (осъществена) чрез действието или бездействието на икономическия субект, който прилага безвъзмездните средства. Ако даден субект е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ на средства по смисъла на чл. 1, ал. 2 ЗУСЕЦИФ и е установено извършено от него нарушение на приложимото право въпросът не е в т. нар. „причинно-следствена връзка“, а в наличието на вреда, защото връзката е явна и доказана чрез сключения договор за безвъзмездна финансова помощ и осъщественото нарушение. Никой друг освен бенефициера не е в състояние да извърши релевантно нарушение на приложимото право, защото самата дефиниция визира като осъществяващ нарушението само и единствено бенефициера. Поради това, тогава, когато по делото е безспорно установено, че съответният субект е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ и е извършил нарушение на приложимото право релевантният въпрос е дали това нарушение причинява вреда, а не дали вредата е в причинно-следствена връзка с нарушението. Дефиницията на „нередност“ просто и ясно казва кой е извършителят, какво е нарушението и какви са правните последици от него.

При отчитане на горното съдът следва да извърши преценка за осъществяване и на третия елемент от фактическия състав на нередността – вредата за бюджета на Съюза. Преди всичко следва да се посочи, че съгласно член 6 от Регламент №1303/2013 операциите, получили подкрепа от европейските структурни и инвестиционни фондове, съответстват на приложимото право на Съюза и на националното право, свързано с прилагането му. Това значи, че тогава, когато даден икономически оператор е бенефициер на безвъзмездна помощ от тези фондове, той е длъжен да осъществява всяко действие, чрез което изпълнява финансираната операция, в съответствие с правото на Съюза. Съдът на Европейския съюз приема, че „нарушаването от получателя на субсидия от ЕФРР в качеството му на възлагащ орган на правилата за възлагане на обществени поръчки за услуги с цел осъществяване на субсидираната дейност води до неоправдан разход и в този смисъл нарушава бюджета на Съюза“, както и че „дори нередности без точно финансово изражение могат в

значителна степен да засегнат финансовите интереси на Съюза“ – решение от 21 декември 2011 г., l'Indre, C-465/11, EU:C:2011:867, т. 46 и 47 и цитираната там практика. В решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45, Съдът на Европейския съюз приема, че „неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент №1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд“.

При отчитане на горното разбиране на Съда на Европейския съюз за елемента на фактическия състав на нередността – вредата, и при отчитане на доказаните нарушения на приложимото право, регламентиращо обществените поръчки, не може да се изключи възможността допуснатите нарушения, които в своя обобщен вид необосновано ограничават участието на стопанските субекти в процесната обществена поръчка да имат отражение върху бюджета на съответния фонд именно чрез необоснованото ограничение, защото ако то не съществуваше е възможно и други потенциални участници да се участват в обществената поръчка и да предложат на бенефициера много по-добра оферта.

При този изход на спора искането на ответната страна да ѝ бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение следва да бъде уважено. С оглед конкретната фактическа и правна сложност на делото и при съобразяване извършените от представителя на жалбоподателя процесуални действия, съдът приема за обосновано и справедливо да бъде определено юрисконсултско възнаграждение в максималния размер по чл.25, ал.1, а именно 300 лева.

С тези мотиви, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“, представлявана от директора – главен комисар Н. Н., срещу решение от 15.07.2021г. издадено от Главния директор на Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ (ОПОС) в Министерството на околната среда и водите (МОСВ) и ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014 – 2020г.“, за налагане на финансова корекция в размер на 5% от стойността на сключения договор No 1983опд-21/10.05.20г. с изпълнител [фирма].

ОСЪЖДА Главна дирекция „Пожарна безопасност и защита на населението“ в Министерството на вътрешните работи да заплати на Министерството на околната среда и водите юрисконсултско възнаграждение в размер на 300 (триста) лева.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в 14 – дневен срок от получаването му .

СЪДИЯ: