

РЕШЕНИЕ

№ 2075

гр. София, 16.04.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 12.03.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **14088** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Столична община срещу решение No РД-02-14-1214/27.11.2019 г. издадено от изпълнителния директор на ИА „ОП И. Е. 2014-2020“ по проект PGI02398 „E. region toward C. E.“, съфинансиран по програма за трансгранично сътрудничество И. Е. 2014-2020/Програмата/, с партньор: Столична община, с което е определена финансова корекция в размер на 10 % или 1 684.81 евро без ДДС от стойността на отчетените допустими разходи, за закупуване на самолетни билети и предоставяне на съпътстващи услуги по Договор № СОА16-ДГ-466/25.08.2016г. В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност на оспореното решение поради противоречие с материалния закон - основание за отмяна по чл. 146, т. 4 от АПК. Твърди се, че възложителят не е допуснал нарушения на процедурата по ЗОП. Сочи се още в жалбата, че не са налице нередности свързани с равнопоставеността и недопускане на дискриминация на участниците, свободната конкуренция, както и не са допуснати условия, които ограничават конкуренцията и дават необосновано предимство или необосновано да ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. Искането до съда е за отмяна на процесното решение.

В съдебното заседание, жалбоподателят, редовно призован не изпраща представител.

Ответникът, чрез процесуалния си представител юрк. Т. оспорва жалбата.

Софийска градска прокуратура - редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

От фактическа страна.

В изпълнение на Закона за обществените поръчки /ЗОП отм./, възлагащият орган е взел решение за провеждането на открита процедура по ЗОП с предмет: „Осигуряване на самолетни билети за служебните пътувания в страната и чужбина и предоставяне на съпътстващи услуги за нуждите на Столична община “ - л.44 и следващите от делото. В резултат на проведената процедура е съставен протокол от 20.05.2016г. - л.88 и сл. От делото, като с класирания на първо място участник - А. Т. Е. е сключен договор за възлагане на изпълнението на обществената поръчка с посоченият предмет - Договор №СОА16-ДГ-466/25.08.2016г.

Възложителя е определил изпълнителя на обществената поръчка въз основа на критерия за възлагане - “най-ниска цена”.

Извършените разходи , предвидени в бюджетна линия 3 по проекта, са възложени като част от предмета на гореописаната поръчка. Поръчката е обявена за общите нужди от логистично осигуряване на всички пътувания в страната и чужбина на служителите на Столична община.

Националният орган е започнал процедура за администриране на нередност с вх. №99-00-3-108/16.04.2019г. За отчетен период 01.07.2018г.931.12.2018г.

На основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ , УО е дал възможност на СО за възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо изпратено чрез управляващия орган на 26.09.2019г. - л.23 от делото. Във връзка с така констатираната от НО нередност, жалбоподателят е депозирал от 03.09.2019 г. /л. 29/. Възражението на СО е разгледано и обсъдено в процесното решение, но е прието за неоснователно.

С оспореното решение, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 във вр. § 5, т. 4 от Допълнителните разпоредби /ДР/ на ЗУСЕСИФ, във връзка с § 1, т. 2 от ДР на 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 /Наредбата/ на СО е определена финансова корекция в размер на 10% или 1 684.81 евро без ДДС от стойността на отчетените допустими разходи, по договор No СОА16-ДГ-466/25.08.2016.

Нарушението е квалифицирано като залагане на следното рестриктивно изискване: В раздел III.2.3) Технически възможности “Изисквано минимално ниво/а” от обявлението за обществена поръчка, както и в т.7.3., раздел “Технически възможности и квалификация” от документацията за участие в разглежданата процедура: “Всеки участник трябва да има офис или представителство, отговарящо на изискванията на чл.3 от Наредба №16-1399 от 11.10.2013г. На министъра на икономиката и енергетиката находящо се на територията на [населено място]”.

Според НО поставеното изискване е в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като не е съобразено с предмета на поръчката и води до необосновано ограничаване на заинтересовани лица, които не разполагат с офис на територията на столицата, а в околността, и също биха могли да реагират в условията на спешна необходимост. Посочено е още, че създаването на подобно затруднение има разубеждаващ ефект и ограничава конкуренцията, като то могло да бъде поставено пред избора за изпълнител преди подписването на договора за обществена поръчка.

Установените несъответствия са в нарушение на разпоредбите на чл. 25, ал. 5 ЗОП и чл.2, ал.1, т.2 и т.3 ЗОП от.

Нарушенията са квалифицирани като такива по т. 10, б.”а” от Приложение No 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, при направена преквалификация във връзка с Постановелние №202 от 15.08.2019г. На МС с което се изменя наредбата, като се въвежда каузален принцип на определяне на процентните показатели, които се прилагат спрямо допуснатите нарушения. Воден от това НО е определил финансова корекция в размер на 10 % от отчетените по проекта допустими разходи. Видно от Решението на НО са изложени и мотиви за определяне на този процент финансова корекция.

В оспорения административен акт е застъпено становището, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент No 1303/2013, поставят като изискване наличието на реална вреда. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение.

От правна страна.

По допустимостта: Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

Страните нямат спор по фактите, които следва да се считат безспорно установени. При извършената служебна проверка на законосъобразността на оспорения акт на

основанията посочени в чл. 146 от АПК, съдът намира, че той е издаден от компетентен орган. Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ управляващия орган - директора на дирекция "Управление на териториалното сътрудничество" е и ръководителя на националния орган на програма И. Е. 2014-2020. Цитираната програма е програма за междурегионално сътрудничество, финансирана от Европейския фонд за регионално развитие, но осъществявана не на национално равнище чрез оперативните програми, а на регионално ниво в Европейския съюз. Съгласно § 5, т. 4 от ДР на ЗУСЕСИФ законът се прилага и за програмите за европейско териториално сътрудничество при извършване на финансови корекции, доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях право на Европейския съюз и сключените междудържавни договори.

С оглед на така действащата нормативна уредба - правото на Европейския съюз, международния договор и националното право, Националният орган е компетентният орган да определи финансова корекция на бенефициер по процесната програма /в т.см. Решение No 10169 от 1.08.2017 г. на ВАС по адм. дело No 826/2017 г. и Решение No 10651 от 28.08.2017 г. на ВАС по адм. дело No 3777/2017 г./.

Съгласно пар. 1 от ДР на 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 /Наредба за нередностите/ Наредбата се прилага и по отношение на програмите за европейско териториално сътрудничество, в които Република България участва за периода 2014 – 2020 . Следователно именно посочената Наредба се явява приложимият нормативен акт при преценка дали е налице нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. и чл. 70, ал. 1, т. 10 от ЗУСЕСИФ.

Решението е издадено в предвидената от закона (чл. 59, ал. 2 АПК) писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му /чл. 59, ал. 2 т.4 от АПК/. Спазена е процедурата по чл. 27-38 от ЗУСЕСИФ.

На следващо място административният акт, предмет на настоящото производство е издаден в предвидената от законодателя писмена форма, мотивиран е с конкретно изложени в него фактически и правни основания, като е съобразен с изискванията за съдържание по чл. 59, ал. 2 от АПК, поради което не са и налице основанията по чл. 146, т. 2 от АПК.

В случая не се установява и съществено нарушение на административнопроизводствените правила, допуснати в хода на производството които да са довели до незаконосъобразност на оспореното решение. При издаването на решението е спазено предвиденото от законодателя в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕСИФ изискване, където е уредена процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер.

По делото не е спорно, че СО е партньор по проект проект PGI02398 „E. region toward C. E.", съфинансиран по програма за трансгранично сътрудничество И. Е. 2014-2020/Програмата/. Съобразно установеното правило с § 5, т.4 от ДР на ЗУСЕСИФ, същият закон се прилага и за финансовата подкрепа по програмите за

европейско териториално сътрудничество, доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях европейско законодателство и в сключените между държавите договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Република България, като при извършване на финансовите корекции органите за управление прилагат категориите нередности и минималните и максималните стойности на процентните показатели, определени в ЗУСЕСИФ и с акта по чл.70, ал.2 от с.з. /съобразно т.4 от посочената норма/ на основание чл. 2, т. 2 от Наредбата за администриране на нередности.

Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че в административното производство не е доказано процесното нарушение да е довело до неправомерен разход на бюджета на Съюза. От съвместното тълкуване на чл. 2, т. 36 вр. чл. 143 от Регламент 1303/2013 г., може да се направи извод, че при констатиране на нередност чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. задължава държавите-членки да извършат финансова корекция, доколкото не може да се изключи възможността това нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд /така в т. 2 от диспозитива на решение от 14.07.2016 г. на С. по дело С-406/14 г./. Няма изискване да се доказва наличието на точно финансово изражение на констатираната нередност /така т. 47 от дело С-465/10 на С., Решение No 8095 от 26.06.2017 г. на ВАС по адм. д. No 1460/2017 г., 5-членен с-в и цитираната в него практика на С./.

Според чл. 122 от Регламент (ЕС) No1303/2013 всяка държава – членка е отговорна за докладване на нередности, извършени от бенефициери на нейна територия към Европейската комисия и Управляващия орган/ съвместния секретариат.

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, обн. ДВ, бр. 101/22.12.2015 г., в сила от 25.12.2015 г., в чл. 1 ал. 1 от същия, се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1 ал. 2 ЗУСЕСИФ, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство, предоставени по програми на Република България. В раздел III от глава пета от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл. 69 ал. 1 ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2 т. 36 и 38 от Регламент No 1303/2013 /пълното наименование на нормативния акт е Регламент /ЕС/ No 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за

морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент /ЕО/ No 1083/2006 на Съвета/.

Спорът по същество се свежда до материалната законосъобразност на акта и конкретно дали въведеното изискване е довело до нарушаване на принципите на ЗОП, въведени в чл. 2, ал. 2 от посочения закон.

Настоящият съдебен състав намира, че НО, правилно и законосъобразно е квалифицирал като рестриктивно посоченото по-горе изискване участниците да разполагат офис или представителство, отговарящо на изискванията на чл.3 от Наредба No 16-1399 от 11.10.2013 г. на министъра на икономиката и енергетиката, находящо се на територията на С. , по следните съображения:

В Глава седма, Раздел „Условия и ред за извършване на туроператорска и туристическа агентска дейност“ в Закона за туризма и по-конкретно в чл. 61, ал. 1, в редакцията действаща към момента на откриване на обществената поръчка /изм. И доп. ДВ, бл. 20 от 15.03.2016 г./ е предвидено туроператорската и туристическата агентска дейност да 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 обществените интереси в туризма, а в ал. 2 на същата разпоредба е посочено, че туроператорска и/или туристическа агентска дейност на територията на Република България се извършва от регистрирано по този закон лице, което: 1. е търговец по смисъла на Търговския закон или юридическо лице, което има право по силата на друг закон да извършва стопанска дейност, включително по законодателството на друга държава - членка на Европейския съюз, и не е в производство по ликвидация или несъстоятелност, или 2. е лице, което има право да извършва такава дейност по законодателството на друга държава - членка на Европейския съюз; 3. има помещение за извършване на дейността, персонал с изискуемото образование и езикова квалификация, като за управленския персонал се изисква и стаж и 4. има валидна застраховка, покриваща отговорността му за причинени вреди вследствие на неразплащане със своите контрагенти, включително при неплатежоспособност и несъстоятелност.

Цитираната правна рамка показва, че спрямо лицето извършващо туроператорска и/или туристическа агентска дейност на територията на Република България е поставено императивно изискване, в процесния случай, да разполага с помещение за извършване на дейността, персонал с изискуемото образование и езикова квалификация, като за управленския персонал се изисква и стаж, но не и такава относно местонахождението на помещението. Спрямо изискванията за местоположението, пригодността и оборудването на помещението и др. такива е издаден отделен подзаконов нормативен акт, какъвто е Наредба No 16-1399 от 10.11.2013 г за изискванията, за местоположението, пригодността и оборудването на помещението за извършване на туроператорска и/или туристическа агентска дейност и за образованието, езиковата квалификация и стажа на персонала, който ще бъде зает в осъществяването на туристическата дейност, издадена от министъра на икономиката и енергетиката, обн., ДВ, бр. 97 от 8.11.2013 г. , който е неотносим по отношение на конкретния казус, тъй като касае изисквания насочени към самите туроператори при

упражняване на тяхната дейност.

В тази връзка, съдът приема, че правилно и законосъобразно НО е възприел, че посоченото изискване в процесната процедура създава затруднение, има разубеждаващ ефект и ограничава конкуренцията, тъй като доказването на посоченото изискване като критерий ограничава участието и създава необосновани затруднения, които натоварват участниците.

Въвеждането на посоченото изискване води до нарушение на принципите, предвидени в закона чл. 2 от ЗОП, който гласи : „Обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз /ДФЕС/ и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 3. пропорционалност; 4. публичност и прозрачност. Ал. 2, предвижда, че 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 и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.“

Неоснователно жалбоподателят счита, че няма нередност, тъй като за конкретната обществена поръчка е налице добра конкурентна среда и липса на отстранени участници, което води до равнопоставеност и липса на дискриминация на участниците. Действително видно е от доказателствата представени по делото, че за конкретната поръчка са подадени четири броя оферти и няма отстранени участници, но това по никакъв начин не означава, че възложителят с посоченият от него критерий е предоставил равна възможност на всички желаещи участници, включително и такива извън територията на С. , да участват в обществената поръчка. Неоснователни са и твърденията, че така въведеното в техническите възможности изискване кореспондира със спецификата на нуждите, които би имала СО във връзка с изпълнение предмета на обществената поръчка. Това, че СО се намира на територията на [населено място] не означава, че лица извършващи туроператорска и/или туристическа агентска дейност в околностите на [населено място], не могат да изпълнят точно и качествено предмета на поръчката и да откликнат на нуждите на Столична община, още повече, че по-голямата част, видно от предмета на поръчката може да се изпълни по електронен път. Наред с това, условието е ограничително и с оглед обстоятелството, че биха могли евентуалните други участници желаещи да участват в обществената поръчка, в следствие след подписване на договор за изпълнение, до организират такова помещение.

Ето защо, съдът намира, че бенефициерът, като е заложил неправомерен критерий за подбор, е допуснал да се създаде възможност за нанасяне на вреда на бюджета на Европейския съюз и на националния бюджет. В обжалваното решение ясно са посочени финансовите последици от допуснатото нарушение, както и мотиви за индивидуализиране на размера (минимален размер от 10 % за съответния вид нарушение) на финансовата корекция, като при изчисляване на основата на финансовата корекция е изцяло съобразена съдебната практика за дефинирането ѝ

като допустимите разходи, финансирани от европейските структурни и инвестиционни фондове.

При определяне размера на финансовата корекция, административният орган е взел предвид всички относими към случая обстоятелства, като е изложил подробни мотиви за това в решението, които настоящия съдеен състав споделя изцяло.

Съдът намира, че размерът на финансовата корекция е изцяло съобразен с нормативната уредба, в това число и с извършената преквалификация на становището на националния орган. Същата е изцяло съобразена с оглед Постановелние №202 от 15.08.2019г. На МС с което се изменя наредбат, като се въвежда каузален принцип на определяне на процентните показатели, които се прилагат спрямо допуснатите нарушения. Относно основата, върху която е определен процентния показател, в акта е посочено, че това са 10 % от допустимите разходи по процесния договор, които по отчетни периоди са както следва: за периода 01.01.-30.06.2017г. В размер на 287.56 евро без ДДС; 01.07.-31.12.2017г. - 438.19 евро без ДДС; 01.01.-30.06.2018г. В размер на 389.63 евро без ДДС; 01.07.-31.12.2018г. - 569.43 евро без ДДС. Или общия размер на корекцията и 1.684.81 евро без ДДС.

Предвид изложеното настоящата инстанция намира, че наложената финансова корекция е мотивирана и обоснована, като в обжалваното решение са посочени фактическите и правни основания за определянето ѝ, с оглед на което жалбата се явява неоснователна.

В хода на съдебното производство и двете страни са заявили своевременно претенция за присъждане на разноски, като предвид изхода на спора и на основание чл. 143, ал. 4 от АПК, основателна се явява претенцията на ответната страна. С оглед на това жалбоподателят следва да бъде осъден да заплати на ответника сумата от 200 /двеста/ лева - юрисконсултско възнаграждение, определено съобразно чл. 78, ал.8 от ГПК във вр. с чл.144 от АПК, във връзка с чл.37 от Закона за правната помощ във вр. с чл.25 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

С тези мотиви, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община срещу решение No РД-02-14-1214/27.11.2019 г. издадено от изпълнителния директор на ИА „ОП И. Е. 2014-2020“ по проект PGI02398 „E. region toward C. E.“, съфинансиран по програма за трансгранично сътрудничество И. Е. 2014-2020/Програмата/, с партньор: Столична община, с което е определена финансова корекция в размер на 10 % или 1 684.81 евро без ДДС от стойността на отчетените допустими разходи, за закупуване на самолетни билети и предоставяне на съпътстващи услуги по Договор № СОА16-ДГ-466/25.08.2016г.

ОСЪЖДА Столична община да заплати на МРРБ сумата от от 200 /двеста/ лева, представляваща разноски по делото за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14-дневен срок от получаването и пред
Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: