

РЕШЕНИЕ

№ 4051

гр. София, 19.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 16.02.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **9855** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (загл. изм.– ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г., ЗУСЕФСУ), вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК) и е повторно, след произнасяне на ВАС, с което е отменено решение № 2023/25.03.2022 г. на АССГ, 74-ти състав и делото е върнато за ново разглеждане на друг състав на съда.

Образувано е по жалба на „МЕНКАУРА“ ЕООД, ЕИК 13138347, [населено място], [улица], вх. Б, ет. 7 ап. 23 срещу Решение № ВГ05М9ОР001-1.008-1517/25 от 24.11.2020г. на заместник - министъра на Министерството на труда и социалната политика и ръководител на управляващия орган на оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020г., с което на основание влязло в сила Решение № 9342/13.07.2020 на Върховния административен съд и чл. 70 ал. 1 т. 9 от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ отм.) вр. т.21 от приложение № 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансови корекции, е определена финансова корекция в размер на 100% от стойността на направените разходи по сключен договор от 31.08.2017г. с изпълнител „ЕНЛИЛ“ ЕОДД на стойност 80 700 лв. без ДДС по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № ВГ05М9ОР001-1.008-1517-С01 по процедура „Д. и безопасни условия на труд“.

С процесната жалба се претендира незаконосъобразност на обжалваният акт, поради

неговата материална незаконосъобразност и допуснати нарушения на административно-производствените правила. Излагат се аргументи за незаконосъобразност на наложената финансова корекция, тъй като не е налице конфликт на интереси по смисъла на § 2, т. 21 от ДР от ЗОП, тъй като законодателят е регламентирал, че за осъществяването на състава следва участниците в обществената поръчка да имат интерес и възможността за получаване на облага по смисъла на чл. 54 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество (ЗПКОНПИ). Позовава се на това, че конфликтът на интереси не е доказан и не може да се презюмира единствено от обстоятелството, че К. А. и Ц. П. са членове на управителния орган на юридическо лице, което няма отношение към процесната процедура.

На следващо място жалбоподателят счита, че УО налага финансова корекция след като повторно разглежда и квалифицира обстоятелства, които вече са преценявани от две съдебни инстанции и се произнася по правен спор, за който е налице влязло в сила решение.

В съдебно заседание чрез адв. Д. жалбоподателят поддържа жалбата. Моли присъждането на разноски по делото.

Ответникът - Ръководителят на оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020г. в Министерството на труда и социалната политика, чрез юрист Д. изразява кратко становище за неоснователност на жалбата и прави възражение за прекомерност на предявените от жалбоподателя разноски и моли за присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Административен Съд С. - град, III отделение, 62-ри състав, след като взе предвид наведените в жалбата доводи, изразените становища на процесуалния представител на ответника по оспорването и се запозна с приетите по делото писмени доказателства, намира за установено от фактическа страна, следното:

При извършена проверка на отчетна документация към искане за плащане №3/6.12.2017г. от страна на Сертифициращия орган (Дирекция „Национален фонд“, Министерство на финансите) са установени нарушения, свързани с наличие на индикатори за измама при конфликт на интереси при провеждане на процедура за избор на изпълнители с публична покана с предмет, „Доставка на фургони за отдих и хранене на строителни обекти, изпълнявани от "Менкаура" ЕООД“ и сключен договор от 31.08.2017 г. с изпълнител „ЕНЛИЛ“ ООД на стойност 80 700 лв. без ДДС.

С Решение за верификация на искане за окончателно плащане, определяне на финансова корекция и изменение на акт за верификация на искане за плащане № BG05M90P001-1.008-1517/10 от 10.05.2018 г., УО е определил финансова корекция в размер на 80 700 лева по цитираното възлагане. Решението е обжалвано от бенефициента пред съда. С решение № 9342/13.07.2020 г. Върховния административен съд постановява решение с което отменя т. 2 и 3 от Решението на УО. В мотивите си, съдът посочва, че не са налице предпоставките за изменение на предходно влязло в сила решение за верификация. Не така стои въпроса обаче с определянето на финансова корекция. Съдът установява наличието на конфликт на интереси, но изтъква несъотнесимост на правната квалификация, посочена от УО. Следователно процедурата по определяне на финансова корекция следва да проведе, при спазване на указанията дадени в мотивите на посоченото решение на ВАС.

Бенефициентът „Менкаура“ ЕООД, ЕИК:[ЕИК], е публикувал на 01.08.2017 г. процедура „Избор с публична покана“ с предмет "Доставка на фургони за отдих и

хранене на строителни обекти, изпълнявани от "Менкаура" ЕООД". Със заповед № ПП-1/09.08.2017 г. на Д. С. А., представляващ и единствен собственик на капитала на „М.“ ЕООД, на бенефициента е определена тричленна комисия за оценка с председател К. С. А. (ръководител на проекта). Оферта подава „Енлил“ ООД, с ЕИК:[ЕИК], представлявано от Ц. Й. П. и С. М. З.. Съгласно протокол № 1 и протокол № 2 за разглеждане, оценка и класиране на получените оферти при избор на изпълнител, чрез процедура с „Публична покана“ № 1 от 01.08.2017г. с предмет "Доставка на фургони за отход и хранене на строителни обекти, изпълнявани от „М.“ ЕООД за изпълнител е определен „Енлил“ ООД. В резултат от решението на Комисията по оценка, между бенефициента в качеството му на възложител и изпълнителя е сключен договор за възлагане изпълнението на доставка от 31.08.2017 г.

Председателят на комисията за оценка в проведената процедура К. С. А. с ЕГН [ЕГН] е бил управител (преди обявяването на обществената поръчка, като е прехвърлил своя дял през 2009 г.) в дружеството, определено за изпълнител „Енлил“ ЕООД. Съгласно информацията в Търговския регистър към момента на обявяване на обществената поръчка К. С. А. (председател на комисията за оценка) и Ц. Й. П. с ЕГН [ЕГН] (един от управителите на определения за изпълнител) са членове на Съвета на директорите в трето лице „СЕВТ КАПИТАЛ“ АД.

Във връзка с гореизложеното, бенефициентът е информиран (кореспонденция в ИСУН BG05M9OP001-1.008-1517-CO1-M027/ 12.10.2020) за стартирала процедура за определяне на финансова корекция по реда на чл.73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

В предоставения по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ срок, бенефициентът е депозирал възражение с № BG05M9OP001-1.008-1517/24 от 23.10.2020 г., чрез упълномощено лице.

При така изложеното УО е издал Решение № BG05M9OP001-1.008-1517/25 от 24.11.2020г. на заместник - министъра на Министерството на труда и социалната политика и ръководител на управляващия орган на оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020г., с което е определена финансова корекция в размер на 100% от стойността на направените разходи по сключен договор от 31.08.2017 г. с изпълнител „ЕНЛИЛ“ ЕООД на стойност 80 700 лв. без ДДС по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M9OP001-1.008-1517-CO1 по процедура „Д. и безопасни условия на труд“.

УО е приел, че е налице конфликт на интереси между Възложител и Изпълнител. Параграф 2, т. 21 от ДР ЗОП, дава легална дефиниция на понятието "Конфликт на интереси" в рамките на процедурите по възлагане на поръчки („Конфликт на интереси“ е налице, когато възложителят, неговите служители или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането на обществената поръчка или могат да повлияят на резултата от нея, имат интерес, който може да води до облага по смисъла на чл. 2 (3) от Закона за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси и за който би могло да се приеме, че влияе на тяхната безпристрастност и независимост във връзка с възлагането на обществената поръчка). При приложението на чл. 25, ал. 2 от ЗУСЕСИФ (отм.) във връзка с чл. 54, ал.1, т.7 от ЗОП и пар. 2, т.21 от ДР на ЗОП, дефиницията на понятието „конфликт на интереси“ по смисъла на ЗОП е приложима и за процедурите чрез подбор по чл. 25, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕСИФ (отм.), поради което е изведен извод за наличие на нарушение.

Органът е счел, че съгласно чл. 54, ал. 2 от ЗУСЕСИФ (отм.), в процедура чрез подбор по ал. 1, т. 1 не може да участват и безвъзмездна финансова помощ не се предоставя на лица, за които са налице обстоятелства за отстраняване от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка съгласно Закона за обществените поръчки или които не са изпълнили разпореждане на Европейската комисия за възстановяване на предоставената им неправомерна и несъвместима държавна помощ. Съгласно чл. 54, ал.1, т.7 от ЗОП, възложителя отстранява от участие в процедурата участник, при наличие на конфликт на интереси, който не може да бъде отстранен.

Констатираното нарушение, съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ (отм.) е квалифицирано по т. 21 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 (Наредбата за посочване на нередности).

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

По допустимостта на жалбата:

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконовни нормативни актове.

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който подлежи на обжалване пред съд. Депозирана е чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Процесното решение е издадено от Ръководителя на УО по Оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“. Актът е издаден от компетентен орган, Съгласно чл. 4, т. 7 от Устройствения правилник на Министерството на труда и социалната политика, приет с ПМС № 266 от 10.11.2009 г., Министерът на труда и социалната

политика управлява програми и проекти в сферата на своята компетентност, финансирани от предприєдинителните и структурните фондове на Европейския съюз и от други международни финансови институции и донори. В рамките на своята компетентност, със заповед № РД-01-268/04.04.2018г., Министърът на труда и социалната политика е оправомощил З. Р. – зам.министър на труда и социалната политика да изпълнява функциите на Ръководител на Управляващия орган на ОП „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020 (ОП РЧР).

Обжалвания административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма - чл. 59 ал. 2 АПК във вр. с чл. 73 ал. 1 ЗУСЕФСУ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59 ал. 2 т. 4 АПК.

Спазена е и процедурата като в предоставения по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ срок е постъпило възражение.

Съгласно чл. 71, ал. 4 от ЗУСЕФСУ за една и съща нередност може да бъде приложена само веднъж финансова корекция. Няма пречка обаче по един и същи проект, съответно договор за обществена поръчка да бъдат извършени повече от една проверки от управляващия орган и ако бъдат установени различни нередности, същите да представляват самостоятелни основания за определяне на финансова корекция с отделни административни актове при спазване на забраната за кумулация по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ.

В случая предходните актове за корекция, предмет на обжалване в други съдебни производства, и процесният акт за корекция касаят различни категории нередности. В този смисъл (Решение № 12075 от 25.11.2021 г. по адм. д. № 6693/2021 г., VII отд. на ВАС, Решение № 3702 от 22.03.2021 г. по адм. д. № 13354/2020 г., VII отд. на ВАС, Решение № 3134 от 04.04.2022 г. по адм. д. № 10266/2021 г., VII отд. на ВАС).

По отношение на приложението на материалния закон:

Правният спор по делото се свежда до това дали е налице конфликт на интереси по смисъла на § 2, т. 21 от ЗОП по отношение на председателя на комисията за оценка в конкурсната процедура - К. С. А., който е бил управител в дружеството, определено за изпълнител „Енлил“ ЕООД.

За да е налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 54, ал. 1, т. 7 във вр. с §2, т. 21 ЗОП, поради който е необходимо участникът да бъде отстранен, е необходимо възложителят, неговите служители или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането, или могат да повлияят на резултата, да имат интерес, който води до облага по смисъла на чл. 2, ал. 3 ЗПУКИ (съответно на чл. 54 ЗПКОНПИ) и за който интерес би могло да се приеме, че влияе на тяхната безпристрастност и независимост във връзка с възлагането на обществената поръчка и този конфликт не може да бъде

От своя страна, нормата на чл. 54 от ЗПКОНПИ дефинира понятието облага, като всеки доход в пари или в имущество, включително придобиване на дялове или акции, както и предоставяне, прехвърляне или отказ от права, получаване на стоки или услуги безплатно или на цени, по-ниски от пазарните, получаване на привилегия или почести, помощ, глас, подкрепа или влияние, предимство, получаване на или обещание за работа, длъжност, дар, награда или обещание за избягване на загуба, отговорност, санкция или друго неблагоприятно събитие.

В този смисъл настоящият състав счита, че описаното в обжалваният акт не изпълва състава на относимата правна норма.

Фактът, че дадени лица са в един орган на управление на едно и също определено търговско дружество, не води непременно да наличието на конфликт на интереси. Същият се явява материално незаконосъобразен, доколкото посочените от органа факти не обосновават приложението на конкретната норма. Фактът, че председателя на комисията за оценка в конкурсната процедура - К. С. А., е бил управител в дружеството, определено за изпълнител- „Енлил“ ЕООД, не налага сам по себе си извод за създадени отношения с произтичащите от тях общи икономически интереси или други ангажименти на обвързаност, така, както същата е регламентирана в чл. 54 от ЗПКОНПИ.

Както приема Съдът в решение от 20 март 2013 г., Nexans, T-415/10, EU:T:2013:141, т. 116 и 117, „не съществува абсолютно задължение за възлагащите органи системно да изключват оференти при наличие на конфликт на интереси и такова изключване не е обосновано, когато може да се докаже, че конфликтът на интереси не е оказал влияние върху поведението им в процедурата за възлагане на обществената поръчка, както и че не съществува реална опасност от възникване на практики, които могат да нарушат конкуренцията между оферентите ... и обратно, изключването на оферент при наличие на конфликт на интереси е неизбежно, когато не съществува по-подходяща мярка да се избегне всяко нарушение на принципите на равно третиране на оферентите и на прозрачност“ (и цитираната там съдебна практика). Същото и в решение от 13 октомври 2015 г., Intrafsoft, T-403/12, EU:T:2015:774, т. 76 (РЕШЕНИЕ № 7398 ОТ 17.06.2021 Г. ПО АДМ. Д. № 10124/2020 Г., VII ОТД. НА ВАС).

Следва да се подчерта, че съюзната разпоредба предполага опорочена безпристрастност и то по конкретна причина. Видно от така постановеното решение за налагане на финансова корекция, органа дори не сочи коя е причината довела до опорочената безпристрастност.

Липсата на обосновка, както и на законова презумпция, позволяваща съотнасяне на посоченото от органа към съставомерността на понятието „конфликт на интереси“, налагат извода за неправилно подвеждане на фактите към хипотезата на правната норма на пар.2 т. 21 т.21 от ДР на ЗОП вр. чл.54 от ЗПКОНПИ и като резултат – неправилно приложение на разпоредбата на чл. 70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ.

По изложените съображения, Решение № BG05M9OP001-1.008-1517/25 от 24.11.2020г. на заместник - министъра на Министерството на труда и социалната политика и ръководител на управляващия орган на оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020 г.

При този изход на делото и на основание чл. 143, ал. 1 АПК жалбоподателят има право на разноски и следва да му бъдат присъдени за две инстанции съобразно приложения списък. На жалбоподателя следва да бъдат присъдени 1200 лева адвокатско възнаграждение за настоящото производство, 3 200 лева за производството пред ВАС, 2 800 лева за възнаграждението при разглеждането на адм. дело № 12028/2022 г. и 807 лв. държавна такса или общо 8007 лева. На жалбоподателя се следват разноските за делото разглеждано пред ВАС, тъй като същите са своевременно претендирани и възражението на ответника в тази насока е неоснователно, а съгласно чл. 226 ал.3 от АПК съдът се произнася и по разноските за водене на делото във Върховния административен съд.

Неоснователни са доводите му и за прекомерност, тъй като заплатените хонорари съответстват на фактичката и правна сложност на правния спор и не надвишават минимално определените хонорари съгласно чл. 8, във вр. с чл. 7, ал. 2, т. 4 от

Наредбата за минималните размери на адвокатските възнаграждения.
Во ден от горното и на основание чл. 172, ал. 1 и, ал. 2 от АПК съдът

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на МЕНКАУРА“ ЕООД, ЕИК 13138347, [населено място], [улица], вх. Б, ет.7 ап.23 Решение № ВГ05М9ОР001-1.008-1517/25 от 24.11.2020г. на заместник - министъра на Министерството на труда и социалната политика и ръководител на управляващия орган на оперативна програма „Развитие на човешките ресурси“ 2014-2020г.

ОСЪЖДА Министерство на труда и социалната политика да заплати на МЕНКАУРА“ ЕООД, ЕИК 13138347 , [населено място], [улица], вх. Б, ет.7 ап.23 , разноски в размер на 8007 (осем хиляди и седем) лева.

РЕШЕНИЕТО може да се оспорва пред ВАС в 14-дневен срок от съобщението до страните, че е изготвено.

СЪДИЯ: