

РЕШЕНИЕ

№ 2776

гр. София, 26.04.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 16.03.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Елица Тодорова, като разгледа дело номер **8098** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) вр. с чл. 145 – 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).
Образувано е по жалба вх. № 28538/16.08.2021 г., по описа на Административен съд София град, подадена от Сдружение в обществена полза „Зелена България ръка за ръка“, седалище и адрес на управление: [населено място] 1505, [улица], ЕИК[ЕИК], представлявано от Н. Г., чрез процесуалния представител адвокат А. Я., съдебен адрес: [населено място], район С., [улица], ет.1, срещу Решение от 23.07.2021 г. на главния директор на Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ и ръководител на Управляващия орган на ОП „Околна среда“, с което на основание на чл. 70, ал.1, т.9 и чл.73 от ЗУСЕСИФ, във връзка с чл. 9, ал.5 от ЗУСЕСИФ и договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма Околна среда 2014-2020 г. № Д-34-119 от 24.08.2020 г. с бенефициент сдружение „Зелена България ръка за ръка“, за изпълнение на проект В.-2.009-0015 „Зелено знание“, във връзка с регистриран сигнал за нередност № 748 и констатации, обективирани в писмо изх. № 2-009-0015-2-658/30.06.2021 г. на УО на ОПОС и на основание т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал.1 от Наредба 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. С ПМС № 35/04.03.2020 г. е определена

финансова корекция в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС допустими за финансиране разходи по договор № В.-2.009-0015-C01-Se02/01.06.2021 г. с изпълнител НЮ И. С. Е., на стойност 174 200,00 лв. без ДДС, с предмет „Услуги по изпълнение на демонстрационен проект – набиране на книжарници за участие в инициатива „Зелено знание“ на територията на обхванатите в проекта градове, събиране, сортиране, съхраняване, поправка и разделяне на събраните книги за даряване на библиотеки или предаване за рециклиране“.

Жалбоподателят поддържа, че в обжалваното решение липсват мотиви, от които да е видно защо органът е приел, че чрез информацията посочена в съдържанието на процесния компонент „d“, не става ясно по какви критерии ще се сравняват и оценяват предложенията на потенциалните участници. На следващо място сочи, че от решението не става ясно дали органът счита, че е нарушена разпоредбата на чл. 3, ал. 7, т. 3, б „а“ или б „б“ от ПМС 160/2016 г., което е необходимо, за да се установи материалната законосъобразност, респективно да се преценят елементите от фактическия състав на твърдяните нередности. Излага доводи, че с оглед обстоятелството, че предметът на поръчката е специфичен по своята същност, като включва дейности по дизайн и договаряне за приобщаване към инициативата на 50 бр. търговски обекти, които са творчески и определени от индивидуалните/личностните качества на изпълнителите, възложителят е в обективна невъзможност да определи единствено количествено определени критерии за възлагане. Обяснява това с обстоятелството, че техническите предложения на участниците при този вид услуги до голяма степен са авторски, творчески и уникални и всяко предложение за изпълнение е различно и в зависимост от вижданията, компетентността и креативността на съответните участници. С оглед на това прави извод, че предвид различията в концепциите и техническите предложения на различните участници е напълно логично и законово допустимо самите участници да посочат както рисковете, така и мерките за тяхното управление и контрол, съгласно техните технически предложения, като в същото време са ясно информирани за начина на оценяване по процесния компонент „d“ и на същите е пределно ясна конкретната стойност. Обратният подход при оценяването на офертите на потенциалните участници би означавал възложителят да заложи ограничителна рамка на участниците по отношение на техните технически предложения, тъй като при определяне на рисковете и мерките за тяхното управление и контрол от страна на възложителя, той по същество ще определи и всички действия, които участниците трябва извършват, респективно това ще доведе до еднаквост на техническите предложения, обстоятелство което не предполага избора на най-качественото, полезно и креативно предложение, какъвто е смисълът на провеждания избор на изпълнител чрез публична покана. Излага аргументи, че в случая възложителят цели освен да оцени максимално обективно офертите на потенциалните участници, но и да прецени именно креативността на потенциалните участници за постигане на поставената цел, а не да посочи точно характера и вида на мерките/обстоятелствата/действията, които трябва да се осъществяват от участниците при изпълнение на заложените в техническата спецификация дейности. В обобщение сочи, че точното (по вид) и количественото (по брой) идентифициране на критичните точки и рисковете, респективно на мерките за управление и контрол на същите, от страна на възложителя, би довело до ограничаване на свободната конкуренция и равнопоставеността на участниците,

съответно до нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2, както и на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съгласно който 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. В тази връзка твърди, че единственият възможен вариант пред възложителя е на база на собствените си технически предложения, участниците сами да идентифицират кои са критичните точки и рискове в процеса на изпълнение и да предложат мерки за тяхното управление и контрол. В заключение прави преценка, че Методиката осигурява достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като отделните стъпки съдържат описание на критериите за оценяване и ясно дефинират правилата, при които ще бъдат определяни съответния брой точки по всяка от четирите степени. Сочи, че същите поставят акцент на преценката дали са изпълнени минималните изисквания - да има наличие на идентифицирани рискове и мерки за тяхното управление и контрол, без да се анализира колко подробно, добре и всеобхватно е разработено съответното техническо предложение. Излага становище, че предвидените четири надграждащи обстоятелства, в частност и неправилно определения като незаконосъобразен от УО на ОПОС компонент „d“ на Показател К2, са пряко свързани с предмета на поръчката, организацията на нейното изпълнение и качеството на крайните резултати. Същите са описани достатъчно ясно и изчерпателно, така че да не създават предпоставка за различното им тълкуване от участниците и колебание какво трябва да е съдържанието на офертата, за да бъде максимално оценена. В заключение твърди, че с оглед на чл. 3, ал.7, т. 2 и 3 от ПМС 160/2016 г., и чл. 70, ал. 4, във връзка с чл. 70, ал. 7, т. 3, б. „б“ ЗОП не е налице законова забрана за определяне на качествени показатели, които са количествено неопределими, поради което сам по себе си доводът на органа за липса на конкретна стойност е несъответен на нормативната уредба. Изразява искане оспореното решение да бъде отменено, както и да му бъдат присъдени направените по делото разноски. В съдебно заседание жалбоподателят не се явява и не се представлява.

Ответникът – главен директор на ГД ОП „Околна среда“ и ръководител на УО на ОП „Околна среда 2014-2020“ при Министерство на околната среда и водите, представляван от юрк. А., оспорва жалбата и заявява искане същата да бъде отхвърлена като неоснователна. Прави искане за присъждане на разноски за юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Административен съд София-град, след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Сдружение в обществена полза „Зелена България ръка за ръка“ е бенефициент по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № Д-34-119/24.08.2020 г. по оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, по процедура чрез подбор В.-2.009 „Изпълнение на демонстрационни проекти в областта на управлението на отпадъците“.

Във връзка с изпълнението на дейностите по проекта, Сдружение в обществена полза „Зелена България ръка за ръка“ е стартирало процедура за избор на изпълнител с публична покана. В раздел II от публичната покана е посочен обект на процедурата - услуги, свързани с организирането на кампании и е описан и предметът на

процедурата, а именно: „Услуги по изпълнение на демонстрационен проект – набиране на книжарници за участие в инициатива „Зелено знание“ на територията на обхванатите в проекта градове, събиране, сортиране, съхраняване, поправка и разпределяне на събраните книги за даряване на библиотеки или предаване за рециклиране“, която включва: 1. Приобщаване към инициативата и постигане на договорености с общо 50 бр. търговски обекти (книжарници) в С., П., В. Т., Б., В., Г. и П.; 2. Предоставяне на рекламни материали (изготвени в рамките на Дейност 3 от проекта) и обособяване на място за съхранение на върнатите книги във всяка от книжарниците, включена в инициативата; 3. Предоставяне на талон за отстъпка от следващата си покупка в книжарницата на всеки клиент, който върне стари книги (минимум 10 бр.); 4. Транспортиране на върнатите книги до С., сортиране и поправка на тези, които имат нужда; 5. Сортиране и пакетиране за дарения към училища, читалищни библиотеки и социални домове в цялата страна на годните за това книги; 6. Предаване за рециклиране на хартията от книгите, които не могат да бъдат поправени. Посочено е, че очакваният резултат от изпълнението на поръчката е: прилагане и разпространение на нови мерки в областта на управлението на битовите отпадъци по отношение на предотвратяване на образуването на битови отпадъци, подготовка за повторна употреба, разделно събиране на битови отпадъци и последващото им рециклиране чрез изпълнение на демонстрационен проект -инициатива „Зелено знание“ с обхват на територията на цялата страна, чрез предотвратяване на образуването на 10 т/г. битови отпадъци чрез създаването на възможности за повторна употреба, разделно събиране и рециклиране.

Сключен е Договор №В.-2-009-0015-С01/Se-02/01.06.2021 г. с изпълнител НЮ И. С. Е. на стойност 174 200,00 лева без ДДС с предмет „Услуги по изпълнение на демонстрационен проект – набиране на книжарници за участие в инициатива „Зелено знание“ на територията на обхванатите в проекта градове, събиране, сортиране, съхраняване, поправка и разделяне на събраните книги за даряване на библиотеки или предаване за рециклиране“.

При осъществен последващ контрол за законосъобразност на избор на изпълнител чрез публична покана и сключен договор № В.-2.009-0015-С01- Se02/01.06.2021 г. с изпълнител НЮ И. С. Е., на стойност 174 200,00 лв. без ДДС и във връзка със сигнал за нередност №748 е констатирано наличието на незаконосъобразна методика и е направен извод за извършено нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 2 и т. 3 от ПМС № 160/2016 г., което е основание за определяне на финансова корекция.

Установено е, че в Методиката за оценка на офертите от документацията за участие са конкретизирани и определени отделните показатели и съответните им относителни тегла в комплексната оценка, както следва:

1. Предложена цена - П1 30% (0,30) 100 т.
2. Оценка на Техническо предложение - П2 70 % (0,70) 100 т.

Показател 2 - „Оценка на Техническо предложение” има два подпоказателя:

1. Методология за изпълнение на публичната покана - К1 и
2. Концепция за административно управление при изпълнение на публичната покана - К2

По вторият подпоказател се оценява концепцията на Участника за административно управление на изпълнението на публичната покана. В техническата си оферта участникът следва да представи концепция за административно управление при реализиране на дейностите, която да включва следните компоненти:

- a. Комуникацията с Възложителя и други заинтересовани страни.
- b. Мерки и механизми за осигуряване на вътрекипната комуникация на членовете на екипа.
- c. Предвидени са мерки за наблюдение и вътрешен контрол на изпълнението на дейностите.
- d. Идентифицирани са критичните точки и рискове в процеса на изпълнение, като са предложени мерки за тяхното управление и контрол.

Параметрите на оценката са следните:

Участникът е включил в концепцията си за административно управление всички посочени компоненти - 50 точки

Участникът не е включил в концепцията си за административно управление един от посочените компоненти - 30 точки

Участникът не е включил в концепцията си за административно управление два от посочените компоненти - 20 точки

Участникът не е включил в концепцията си за административно управление три или повече от посочените компоненти - 0 точки.

Методиката предвижда да бъдат оценявани по компонента „d“ идентифицираните от кандидата критичните точки и рискове в процеса на изпълнение, както и предложените мерки за тяхното управление и контрол, но без тези критични точки и рискове да са определени от възложителя. Участниците са тези, които следва да ги посочат, съответно да формулират различни предложения за тяхното управление и контрол, като не е ясно по какви критерии ще се сравняват и оценяват техните предложения.

Във връзка с това е прието, че е налице неяснота какви мерки за управление и контрол на рискове/критични точки ще бъдат оценени и по какъв обективен критерий ще бъде извършено оценяването. В този смисъл е направено заключение, че изцяло на субективната преценка на членовете на комисията при оценяване на техническите предложения е оставена преценката дали предложеното от участниците разрешение за управление и контрол на възможните критични точки и рискове ще бъдат приети от комисията на възложителя. Посочено е, че това води до невъзможност да се прецени доколко обективни биха били действията на помощния орган при определяне на точките, тъй като е налице липса на измерими показатели, които да бъдат база за сравнение между две отделни оферти по обективен и измерим начин.

До жалбоподателя е изпратено писмо изх. № 2-009-0015-2-658/30.06.2021 г., с което същият е уведомен за констатираното нарушение, като му е дадена възможност в съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция, както и да представи доказателства.

Жалбоподателят е представил възражение, в което констатациите на УО на Оперативна програма „Околна среда“ са оспорени. Възражението е прието за неоснователно.

Издадено е Решение от 23.07.2021 г. на ръководителя на УО на Оперативна програма „Околна среда“, с което на жалбоподателя в качеството му на бенефициент по договор за БФП № Д-34-119/24.08.2020 г., на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 11, б. „а“ 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, е определена финансова корекция в размер на 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по договор №В.-2-009-0015-С01/Се-02/01.06.2021 г. с изпълнител НЮ И. С. Е., на стойност 174 200,00 лв. без ДДС с предмет : „Услуги по изпълнение на демонстрационен проект - набиране на книжарници за участие в инициатива „Зелено знание“ на територията на обхванатите в проекта градове, събиране, сортиране, съхраняване, поправка и разпределяне на събраните книги за даряване на библиотеки или предаване за рециклиране“.

Видно от представената разпечатка от ИСУН 2020, същото е изпратено на жалбоподателя, като е отбелязана дата на прочитане 24.07.2021 г.

По делото са приети документите, съдържащи се в представената от административния орган преписка.

При така установената фактическа обстановка, съдът формулира следните правни изводи:

Жалбата е подадена в 14-дневния преклузивен срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, във връзка с чл. 27, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, от лице, имащо правен интерес от оспорване и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

В конкретния случай актът, който се обжалва пред съда е такъв за определяне на финансова корекция. Предвид нормата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция трябва да бъде определена по основание и размер само от ръководителя на съответния управляващ орган. Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните такива. Съгласно ал. 5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване 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. В чл. 33, ал. 2 от Устройствения правилник на МОСВ [/https://www.moew.government.bg/static/media/ups/articles/attachments/%D0%A3%D1%81%D1%82%D1%80%D0%BE%D0%B9%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BD%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D0%BB%D0%BD%D0%B8%D0%BA%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%9C%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%BE%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%BD%D0%B0%D1%82%D0%B0%20%D1%81%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B0%20%D0%B8%20%D0%B2%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%82%D0%B](https://www.moew.government.bg/static/media/ups/articles/attachments/%D0%A3%D1%81%D1%82%D1%80%D0%BE%D0%B9%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BD%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B8%D0%BB%D0%BD%D0%B8%D0%BA%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%9C%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%BE%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%BD%D0%B0%D1%82%D0%B0%20%D1%81%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B0%20%D0%B8%20%D0%B2%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%82%D0%B) е предвидено, че Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПОС за програмния период 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности. ГД ОПОС се ръководи от главен директор. С приетата като писмено доказателство по делото Заповед № РД-533/27.05.2021 г. министърът на околната среда и водите е оправомощил В. К. – главен директор на ГД ОПОС в МОСВ да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г.

във вид и обем, определен в нормативната уредба, с изключение на изрично посочени функции, в които не попадат правомощията за определяне и налагане на финансови корекции. Процесното решение е издадено от В. К., именно в качеството ѝ на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г., поради което съдът приема, че актът е издаден от компетентен орган.

На следващо място, решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. В акта са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основаниято за определяне на финансовите корекции и техния размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. В чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ е уредена процедура за 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.

В случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства, от която същият се е възползвал. Оспореното решение е издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ. Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Съгласно чл. 1, § 2 от същия регламент „нередност“ означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

Регламент № 2988/95 е базов по своя характер, доколкото определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на

допуснати нередности от страна на икономическите оператори. Конкретното възстановяване на неправилно използваните средства следва да се извърши въз основа на други разпоредби и това са секторните такива – в частност Регламент 1083/2006 г. и Регламент 1303/2013 г. И трите регламента са част от една и съща система, гарантираща доброто управление на средствата на Съюза /така в т. 32-34 от Решение на СЕС по съединени дела C-260/2014 г. и C-261/2014 г./.

Релевантният акт на Европейския съюз, който урежда общоприложимите правила за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. е Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 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) № 1083/2006 на Съвета. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

С приемане на ЗУСЕСИФ законодателят установи административния характер на правоотношенията във връзка с изпълнение на договорите за БФП като недвусмислено регламентира характера на акта, с който се определя финансова корекция като индивидуален административен акт - чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ, и съответно правните средства за съдебна защита - обжалване по реда на Административнопроцесуалния кодекс, чл. 73, ал. 4 ЗУСЕСИФ.

На основание чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета Наредба 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 нередности/, в сила от 31.03.2017 г.

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъдат установени от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях. В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез оперативна програма „Околна среда“ за програмен период 2014 – 2020 г.“, поради което приложима по отношение на нея е Наредба 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. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции.

Видно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Съгласно приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Според Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

Следва да се посочи, че наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция

В оспорения административен акт е установено нарушение на нормата на чл. 3, ал. 7, т. 2 и т. 3 от ПМС № 160/2016 г. В този смисъл, доколкото не е проведена процедура по възлагане по реда на ЗОП, съдът приема, че наведените в жалбата възражения, свързани с приложението на разпоредби от ЗОП, не следва да бъдат обсъждани, тъй като са неотнормирани.

По делото е безспорно, че жалбоподателят не е възложител по ЗОП, поради което за определянето на изпълнител за дейностите по одобрения проект - обект на обществена поръчка по смисъла на Закона за обществените поръчки, той следва да прилага правилата по Глава Четвърта от ЗУСЕСИФ - чл. 50-54. Съгласно чл. 54 от ЗУСЕСИФ, правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана се определят с нормативен акт на Министерския съвет. Това е ПМС № 160 от 01.07.2016 г. за определяне правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Съгласно чл. 3, ал. 7, т. 2 и т. 3 от П. 160/2016 г., в публичната покана бенефициентът посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Съгласно т. 2, начинът трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно подадените оферти. Съгласно т. 3, начинът следва да осигурява на кандидатите за изпълнител достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от оценителите с конкретна стойност чрез експертна оценка.

Правилен е изводът на административния орган, че възложителят е допуснал

нарушение на посочената разпоредба на чл. 3, ал. 7, т. 2 от ПМС 160/2016 г., тъй като в „Методиката за оценка на офертите” от документацията за участие са конкретизирани и определени отделните показатели и съответните им относителни тегла в комплексната оценка. Показател 2 „Оценка на Техническо предложение” има два подпоказателя: 1. Методология за изпълнение на публичната покана - К1 и 2. Концепция за административно управление при изпълнение на публичната покана - К2. По вторият подпоказател е посочен компонент d. Идентифицирани са критичните точки и рискове в процеса на изпълнение, като са предложени мерки за тяхното управление и контрол. В случая, не може да се направи извод относно начина на оценяване на подадените оферти, тъй като не са конкретизирани критичните точки и рискове, касаещи процеса на изпълнение на възложените услуги. В този смисъл заложената методика за оценка не дава яснота относно бъдещото оценяване така, че участниците да знаят предварително конкретни критични точки и рискове, определени от възложителя, за които следва да бъдат предложени мерки за управление и контрол. Посоченото дава възможност за субективна преценка от страна на членовете на комисията, като независимо от броя на подадените оферти не се гарантира обективно определяне на изпълнител. Видно от методиката не става ясно каква е разликата между понятията „критични точки“ и „рискове“, които са близки по смисъл, още повече, че изброяването им е кумулативно, а не алтернативно. По този начин възложителят не е осигурил достатъчно информация за начина, по който още се извърши оценката по компонент „d“ на показател 2 и не дава възможност да бъдат сравнени и обективно оценени офертите на отделните кандидати /в този смисъл Решение № 9158/08.07.2020 г. на ВАС по адм. дело № 733/2020г./.

С оглед на това може да се приеме, че начинът по който е разработена методиката, създава условия за неравно третиране, тъй като не съдържа точни указания за определяне на оценката на всеки компонент от показателя. В случая, в зависимост от субективния фактор, и без да е налице реална и обективна база за оценка, комисията може да присъжда точки без да има обективен или реален критерии за оценка. Така разработената методика има разубеждаващ ефект спрямо потенциалните кандидати, които не могат предварително да изчислят точките, които би получила тяхната оферта по този показател.

Предвид изложеното може да се направи заключение, че е налице нарушение на императивната норма на чл. 3, ал. 7, т. 2 от ПМС 160/2016 г., тъй като методиката за оценка дава възможност за субективизъм при определяне на комплексната оценка на участниците, недостатък, който не може да бъде преодолян дори от изискването за експертност на състава на комисията.

От страна на административния орган са изложени мотиви, за наличие на причинно – следствена връзка между констатираното нарушение и настъпването на вредата, а именно липсата на ясни показатели, въз основа на които да бъдат сравнявани офертите, не дава възможност за обективна преценка при оценяването на отделните оферти. Това обстоятелство води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

От страна на административния орган е посочено, че е налице

нарушение и на нормата на чл. 3, ал. 7, т. 3 от ПМС 160/2016 г. Видно от т. 1 е, че подточка а) касае количествено определими показатели, каквито не е доказано да са налице в процесния случай, а подточка б) касае качествените показатели, които са количествено неопределими, като е предвидено да се посочва начинът за тяхното оценяване от оценителите с конкретна стойност чрез експертна оценка. В случая, за заложения компонент „d“ по подпоказател К2 „Концепция за административно управление при изпълнение на публичната покана“ по Показател 2 „Оценка на Техническо предложение“ от „Методиката за оценка на офертите“, е предвиден конкретен брой точки, т. е конкретна стойност за тяхното оценяване от оценителите с експертна оценка. В този смисъл съдът приема възраженията на жалбоподателя в за основателни, тъй като не е налице нито една от хипотезите, съдържащи се в посочената норма.

В случая макар да не може да се направи извод, че посоченото в оспореното решение нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 3 от ПМС 160/2016 г. е доказано, съдът приема за правилен изводът на УО на ОПОС 2014-2020 г. за наличие на нередност. Нарушението на императивната норма на чл. 3, ал. 7, т. 2 от ПМС 160/2016 г., представлява нередност по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „а“ от Наредбата за посочване на нередности, за която се налага финансова корекция в размер на 10 % от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране, представляващи средства от ЕСИФ.

Във връзка с това следва да се посочи, че от ОУ на ОПОС 2014-2020 г. законосъобразно и обосновано е приложен пропорционалният метод при определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е определена основата на финансовата корекция. Съгласно чл. 72, ал. 3, изр. 1 от ЗУСЕСИФ, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалния метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (какъвто е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно.

Предвид гореизложеното, оспореното решение е законосъобразно по всички критерии на чл. 146 от АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора на ответника се дължи юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от ЗПП, във връзка с чл. 25, ал. 2 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 150 лв.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то

отделение, 16-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Сдружение в обществена полза „Зелена България ръка за ръка“ с ЕИК[ЕИК], срещу Решение от 23.07.2021 г. на главния директор на Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ и ръководител на Управляващия орган на ОП Околна среда, с което на жалбоподателя в качеството му на бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № Д-34-119 от 24.08.2020 г. е определена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по договор № В.-2.009-0015-С01-Се02/01.06.2021 г. с изпълнител НЮ И. С. Е., на стойност 174 200,00 лв. без ДДС, с предмет „Услуги по изпълнение на демонстрационен проект – набиране на книжарници за участие в инициатива „Зелено знание“ на територията на обхванатите в проекта градове, събиране, сортиране, съхраняване, поправка и разделяне на събраните книги за даряване на библиотеки или предаване за рециклиране“.

ОСЪЖДА Сдружение в обществена полза „Зелена България ръка за ръка“ с ЕИК[ЕИК], да заплати на Министерството на околната среда и водите сумата от 150 лв. /сто и петдесет/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

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

Съдия: