

РЕШЕНИЕ

№ 6443

гр. София, 08.11.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 63 състав,
в публично заседание на 27.10.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Димитрина Петрова

при участието на секретаря Валентина Христова, като разгледа дело номер **5694** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145-178 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр.чл.27 и чл.73 и сл. Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).
Образувано е по жалба Вх. № 20361/10.06.2021г. по описа на АССГ, изпратена чрез административния орган, на Сдружение в обществена полза с нестопанска цел „ОПИМОС“, ЕИК/Булстат., с адрес: [населено място], [улица] [жилищен адрес]0, представлявано от Е. Г.-Председател на Управителния съвет, срещу Решение от 18.05.2021г. изд. от В. К.-Ръководител на УО на ОП „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите, с което на Сдружение „ОПИМОС“, в качеството му на бенефициер по ДБФП № Д-34-116/24.08.2020 г., по проект № BG16M10P002-2.009-0007, „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - R. С.“, осъществяван по приоритетна ос: „Отпадъци“ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 11, буква „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 ЗУСЕСИФ, /ПМС № 57 от 28.03.2017г./, е наложена финансова корекция /ФК/, в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по сключен договор № Д-1/24.02.2021г. с изпълнител [фирма], на обща стойност 271 200.00 лв.

без ДДС, въз основа на проведена от Възложителя „ОПИМОС“ процедура по възлагане по ЗУСЕСИФ.

В жалбата се поддържа, че оспореният акт е незаконосъобразен, като постановен при противоречие с материалния закон, необоснованост и немотивираност на изводите на управляващия орган. Счита, че не са налице елементи от състава на нарушението, за което е наложена финансова корекция, а извършеният от административния орган анализ в оспорения акт, намира за необоснован и несъответстващ на действителните факти. Иска се от съда да отмени обжалвания акт изцяло. В съдебно заседание жалбата се поддържа чрез процесуален представител адв. З.. Претендира съдебно-деловодни разноски.

Ответникът, оспорва жалбата и изразява искане същата да бъде отхвърлена. В съдебно заседание поддържа доводите на административния орган, обективирани в оспорения акт, чрез процесуален представител юрк. З.. Претендира съдебно-деловодни разноски в размер на юрисконсултско възнаграждение.

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

Административен съд София-град, след като обсъди доказателствата по делото и доводите на страните, намира жалбата за процесуално допустима, подадена в срока по чл. 149, ал.1 от АПК от надлежна страна, адресат на акта, с право и интерес от обжалването. Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните аргументи:

Не се спори по делото и съдът го намира за безспорно установено, че жалбоподателят „ОПИМОС“, ЕИК/Булстат:176976015, е бенефициер по ДБФП № Д-34-116/24.08.2020 г., по приоритетна ос: „Отпадъци“ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, по процедура: BG16M1OP002-2.009- „Изпълнение на демонстрационни проекти в областта на управление на отпадъците“.

В качеството си на Възложител по проект № BG16M1OP002-2.009-0007 „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - R. C.“, осъществяван по приоритетна ос: „Отпадъци“ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, същият е провел обществена поръчка с предмет: „Избор на изпълнител за изпълнение на дейности, вкл. популяризиращи такива по проект: „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - R. C.““.

Процедурата за избор на изпълнител е обявена с публична покана по реда на чл. 51 от ЗУСЕСИФ, /л. 52-101 от делото/, към която в приложения са представени и Приложение 2: „Техническа спецификация“ и Приложение 3: „Методика за определяне на комплексна оценка на офертите...“, подадени за участие в процедурата, както и образци на всички други изискуеми от Възложителя документи. Не е спорно между страните, че по процедурата са подадени две оферти. Сключен е административен договор с определения изпълнител [фирма], № Д-1/24.02.2021г. на стойност 271 200 лв.

В резултат на извършен последващ контрол за законосъобразност от страна на УО по ОПОС, е проведено административно производство по установяване на нарушения и налагане на ФК, като по отношение на проведената процедура за избор с публична покана, от страна на УО, са констатирани нарушения, които същият е квалифицирал като нередности, обосноваващи налагането на ФК.

Жалбоподателят е уведомен с Уведомително писмо за регистрирана нередност по ОПОС, с Уведомително писмо за регистрирана нередност по ОПОС, № 2-009-0007-4-147/20.05.2021г. на МОСВ.

Бенефициерът, е уведомен с писмо И. № 2-009-0007-2-356/13.04.2021 г., за вида на констатираното нарушение и наличието на финансов ефект от осъществения последващ контрол за законосъобразност на договор № Д-1/24.02.2021 г. с изпълнител [фирма], на стойност 271 200. 00 лв. без ДДС. Дадена е възможност на бенефициера, на основание чл. чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, да представи възражение и доказателства, в двуседмичен срок.

Съгласно писмо И. № 2-009-0007-2-356/13.04.2021 г., е констатирано едно нарушение, което има финансов ефект, а именно: 1. Извършено е нарушение на разпоредбата на чл. 3, ал. 7, т.1 от ПМС 160/2016, във вр. с чл. 3, ал. 5, изр. 3 от ПМС 160/20.16 г., нарушението е извършено чрез действие, тъй като възложителят е утвърдил незаконосъобразна методика за оценка. Нарушението на чл. 3, ал. 7, т. 1 от ПМС 160/2016, във вр. с чл. 3, ал. 5, изр. 3 от ПМС 160/2016 г. попада в категорията нередности, разписани в т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ад. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 06.03.2020 г., за което, в условията на чл. 5 от Наредбата е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключения договор № Д-1/24.02.2021 г. с изпълнител [фирма], на стойност 271 200. 00 лв. без ДДС.

В предоставения срок е упражнено правото на Възражение, с рег. № BG16M10P002-2.009-0007-C01- M017 от 26.04.2021 г., получено в информационна система ИСУН на 26.04.2021 г.

Възраженията на жалбоподателя, са отразени надлежно и са анализирани подробно в мотивите на административния акт, като същите са приети за неоснователни от УО, поради което и с писмо от 18.05.2021г. на жалбоподателя е връчено оспореното в настоящото производство Решение от 18.05.2021г. изд. от В. К.-Ръководител на УО на ОП „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите. Със същото, на Сдружение „ОПИМОС“, в качеството му на бенефициент по ДБФП № Д-34-116/24.08.2020 г., по проект № BG16M10P002-2.009-0007 „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - R. С.“, осъществяван по приоритетна ос: „Отпадъци“ на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 11, буква „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 ЗУСЕСИФ, /ПМС № 57 от 28.03.2017г./, е наложена финансова корекция /ФК/, в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи по сключен договор № Д-1/24.02.2021г. с изпълнител [фирма], на стойност 271 200.00 лв. без ДДС, въз основа на проведена от Възложителя „ОПИМОС“ процедура по възлагане по чл. 51 от ЗУСЕСИФ.

Оспореното решение е издадено на основание чл. 73, ал.1-3 от ЗУСЕСИФ. За да наложи процесната ФК, Ръководителят на УО по ОПОС, е приел, че е налице

нередност по смисъла на чл. 70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, а именно: 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. Прието е, че нарушението е с финансово отражение, поради неправомерно разходване на средства от ЕСИФ, поради нарушаване на правото на ЕС, в частност националното законодателство на Република България, при нарушаване нормативно установения ред за провеждане на процедура за избор с публична покана, установени в националното законодателство, а именно: нарушение на чл. 3, ал. 7, т.1 от ПМС 160/2016, във вр. с чл. 3, ал. 5, изр. 3 от 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 БФП от ЕСИФ. Прието, е, че: нарушението е извършено чрез действие, тъй като възложителят е утвърдил незаконосъобразна методика за оценка по процедурата. Нарушението на чл. 3, ал. 7, т. 1 от ПМС 160/2016, във вр. с чл. 3, ал. 5, изр. 3 от ПМС 160/2016 г. е квалифицирано от УО, като такова по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ад. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., а именно: „Използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“, Буква б): "случаите, при които са приложени дискриминационни критерии /условия/ спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор".

УО е установил едно нарушение- изразяващо се в нарушение на конкуренцията дискриминационни критерии, в смисъл на неясноти, предоставящи възможност за субективизъм при оценките, и в този смисъл незаконосъобразност в методиката за оценка на проектните предложения по обявената процедура.

За да извърши горните квалификации на нарушението УО, е установил следната фактическа обстановка:

Критерият за оценка, въведен от възложителя, в процесния случай в процедурата по чл. 50, ал. от ЗУСЕСИФ, е „икономически най-изгодна оферта“ при оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на следните показатели: 1/. „Качество на организацията на членовете на екипа, който ще изпълнява поръчката“ - П1, максимален брой точки 100, относителна тежест 60%; 2/. „Ценово предложение“ — П2, максимален брой точки 100, относителна тежест 40%. По отношение на показател П1: „Качество на организацията на членовете на екипа, който ще изпълнява поръчката“, се установява, че: Предложената от участника организация на членовете на екипа, който ще изпълнява поръчката осигурява изпълнението на минималните изисквания на Възложителя, посочени в Техническите спецификации, а именно: - участникът е предложил организация на експертите в екипа на участника, посочил е как се разпределят отговорностите по изпълнението на дейностите, предмет на поръчката между тях, начини за осъществяване на комуникацията с Възложителя, координация и съгласуване на дейностите; - участникът е аргументирал своите бъдещи действия при изпълнение на публичната покана, като е представил описание на дейностите и предложение за организация на работата, като за всеки от експертите са предвидени отделни задачи, съобразени с експертния му профил.

При изпълнение на това изискване от страна на участниците същите ще отговорят на минималните изисквания на възложителя и ще получат, съгласно Методиката 10 точки.

За да получи участник 30 точки, следва да е представил техническо предложение, което покрива минималните изисквания, но и да е предложил концепция за организация на персонала, при която е налично едно от следните обстоятелства: 1. Показано е разпределението по експерти, (кой какво ще изпълнява) на ниво отделна дейност, предвидени за изпълнение; За всяка от дейностите е дефиниран необходимият човешки ресурс и задълженията на отговорния/те за изпълнението им експерт/и. Разпределението на работата е обвързано е посоченото в останалите части на предложението за изпълнение на поръчката; 2. Участникът е разгледал посочените от Възложителя индикатори за оценка на напредъка при изпълнението на всички дейности, включени в поръчката, и е предложил механизми за вземане на решения за прилагане на коригиращи действия; 3. Представена е система за вътрешен контрол на качеството, която ще прилага участникът при изпълнение на поръчката, ведно е мерки за вътрешен контрол и мониторинг на екипа от експерти; 4. За всяка дейност са дефинирани резултати от нейното изпълнение и са мотивирани съгласно спецификата ѝ.

Съответно за 50 точки следва да са налични две от посочените по - горе обстоятелства, за 70 точки три и за 100 точки всичките четири обстоятелства.

Установен и анализиран е предметът на възлагането, а именно: „услуга“ за предоставяне на дейности по проучване и анализ и в последствие дейности по популяризиране по проект „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - Р. С.“. Съгласно техническата спецификация, възложителят по смисъла на ПМС 160/2016г. е описал основните дейности, които се изискват за изпълнението на възлагането, както следва: Първата дейност от обекта на възлагане е свързана с осъществяване на предварително проучване на потенциала за удължаване на жизнения цикъл на продуктите. Избраният изпълнител ще бъде отговорен за постигането на следните резултати: Проведено проучване в не по-малко от 3 локации на града, като общия брой участници в проучването следва да бъде не по-малко от 150. Идентифицирани основни типове вещи, за които би било ефективно организирането на ремонт и определени типовете ремонти, които представляват интерес за хората. Изготвен доклад с обобщени данни от проведеното проучване, който да послужи за основа за определяне на основните параметри и изготвянето на концепцията за Р. С.; Определено/и място/места за провеждане на кампаниите Р. С.. Посочено е как следва да бъде извършено проучването и в последствие кампаниите Р. С., какво следва да се идентифицира от проучването, както и срока за изпълнение. Втората дейност, описана в техническата спецификация, която е част от обекта на възлагане, е дейност свързана с изготвяне на концепция за организиране на кампаниите Р. С.. Според техническата спецификация, за изпълнение на тази дейност следва да се използват резултатите, получени от Дейност 1 и допълнително проведени целеви проучвания и анализи, които изпълнителят счете за необходими за изпълнението на дейността. В резултат от изпълнението на дейността, изпълнителят следва да е определил и съгласувал с Възложителя концепцията за провеждане на кампаниите Р. С.. Дейността следва да бъде изпълнена до 4 (четири) месеца от датата на сключване на договора. Третата дейност, която възложителят е посочил, е организиране и

провеждане на кампании R. С.. Като възложителят е описал колко следва да са кампаниите, в какъв период следва да се извършват. Какво най - малко следва да включва всяка кампания. Описано е в какво се състои организирането на кампаниите. Посочено е какво следва да осигури изпълнителя за кампаниите. Посочен е срока за изпълнение на дейността, както и колко посетители минимум следва да присъстват. Четвъртата дейност, която възложителят е посочил, е анализ на междинните резултати, с оглед подобряване на успеваемостта на R. С.. За изпълнението на дейността, след проведени 3 (три) кампании, следва да бъде извършен анализ на междинните резултати, с оглед подобряване на успеваемостта на R. С.. За целта следва да се анализират проведените кампании и начина на тяхното организиране, участниците, постигнатите резултати, силните и слаби страни и да се подготвят препоръки за повишаване на успеваемостта през следващите кампании. Посочено е какви документи следва да се изготвят и срока на изпълнение. Последната пета дейност, която възложителят е посочил е популяризиране на постигнатите резултати. Самата дейност е разделена на 5 (пет) поддейности. Посочено е какви документи и материали следва да изготви изпълнителя, какво следва да включва всеки един от тях, как следва да се разпространят, както и срока за изпълнение.

Разглеждайки съдържанието на Техническата спецификация и изискванията, които следва да изпълнят участниците в техническите си предложения съгласно Методиката за оценка, УО, е достигнал до извода, че доколкото в Техническата спецификация, Възложителят е посочил точно и ясно видовете дейности, етапите и поддейностите, както и резултатите, които следва да се постигнат, които в съвкупността си ясно посочват вида и организацията на работата по предмета на поръчката, за всяка дейност, се явяват неясни и необосновани въведените с Методиката критерии за надграждане, въз основа на които в действителност, потенциален участник може да получи различен брой точки, спрямо минимума, съгласно въведената скала за оценка.

УО е приел, че, съгласно съдържанието по Техническите спецификации и съдържанието на Методиката за оценка, не е ясно какво допълнително потенциалния участник може да представи като описание на дейностите и предложение за организация на работата, именно предвид факта, че в Техническата спецификация, възложителят е посочил подробно и ясно обхвата на дейностите и поддейностите, които следва да бъдат изпълнени. Конкретно за дейност № 3 и дейност № 5, от Техническата спецификация, от обхвата на възлагане, свързани с организиране и провеждане на кампании R. С. и популяризиране на постигнатите резултати, възложителят е посочил, пълното описание на дейностите, както и целите които следва да се постигнат и за двете дейности, посочена е етапността и последователността на изпълнението, както и срока за изпълнение. Т.е. налице е достатъчна яснота, въведена от Възложителя, в Техническата спецификация, което пречатства, възможността за преценка, за минимално изискуемите показатели, съгласно критериите за надграждане и по същество е неясно тяхното съдържание и обем, за да може потенциалния кандидат, да се подготви по начин, че да представи оферта, с по-добър или оптимален резултат.

УО, е приел, че констатираното е в нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 1 от ПМС 160/2016г., във вр. счл. 3, ал. 5, изр. 3 от ПМС 160/2016г., съгласно които: В публичната покана бенефициентът посочва методиката за комплексна оценка

и начина за определяне на оценката по всеки показател, като начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на поръчката и техническите спецификации, ако има такива, а Показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3, трябва да са свързани с предмета на поръчката. Те могат да съдържат фактори, които се отнасят до всеки етап от жизнения цикъл на строителството, доставките или услугите, независимо че тези фактори не се отнасят до характеристиките, посочени в техническите спецификации. Те не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция.

Констатираните нарушения, по публичната покана, в частност въведените критерии по П1 - „Качество на организацията на членовете на екипа, който ще изпълнява поръчката“ от Методиката, в съответствие с въведените изисквания в Техническата спецификация, УО, е приел, че са в нарушение на изискването методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, което да гарантира запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които последните да предложат оферта, целяща най - добро класиране.

Според УО, Утвърдената от възложителя методика е незаконосъобразна и създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за потенциалните участници в процедурата, като не предоставя възможност да се прецени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, съответно да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения на участниците. Прието е, че установените несъответствия водят до нарушаване на основни принципи в процедурата по възлагане, а именно публичност и прозрачност, поради което и участниците не са поставени при равни условия, доколкото не са налице ясни критерии какви предложения ще получат най-висока оценка. Прието е, че правният ефект на нарушението-води до ограничаване и пречатстване възможността за участие, което пречатства конкуренцията.

На основание чл.5, от ПМС № 57/2017, за нередността по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, с оспореното решение, е наложена ФК в размер от 5 % върху засегнатите допустими разходи по договора, сключен с изпълнителя по процедурата, посочени по-горе, върху предоставената БФП / в 100 % БФП/, със средствата на ЕСИФ.

При определяне на размера на ФК, УО, е изложил мотиви, като е съобразил, че процедурата е проведена при минимално ниво на конкуренция-при подадени 2 оферти; влиянието на неправомерните критерии за подбор-чрез ограничаването от участие на потенциални оференти; липсата на гаранции за обективност при оценка на офертите и тяхното класиране; както и противоречие с целите на закона.

По делото е приложена Заповед № РД-553/27.05.2021г. на Министъра на околната среда и водите, с която издателят на оспореното решение-В. К.-Б., Главен директор на ГД „Оперативна програма „Околна среда“, в МОСВ, е оправомощена на осн. чл. 25, ал.4 от ЗА и чл. 9, ал.5 от ЗУСЕСИФ, да изпълнява функциите на Ръководител на Управляващия орган на ОПОС 2014-2020.

Въз основа на установените по делото факти, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена от активно легитимирана страна, адресат на оспорения акт, с правен интерес и законоустановения срок, поради което е допустима. Разгледана по същество, същата е неосонвателна по следните съображения: 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, 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./. Съгласно чл. 98 от Регламент 1083/2006 г. държавите-членки носят отговорност на първо място да разследват нередностите, да действат при доказателства за голяма промяна, която засяга естеството на условията за изпълнението или контрола на операциите или оперативните програми, както и да извършват необходимите финансови корекции. Държавата-членка извършва необходимите финансови корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени в операциите или оперативните програми. Корекциите, извършени от държава-членка, се състоят в анулирането на всички или на част от публичния принос за оперативната програма. Държавата-членка взема предвид характера и сериозността на нередностите и финансовата загуба за фондовете. Съгласно определението, дадено в чл. 2, т. 3 от Регламент 1083/2006 г., под "операция" следва да се разбира проект или група проекти, избрани от органа за управление на съответната оперативна програма или под негова отговорност съгласно критериите, установени от мониторинговия комитет и осъществени от един или повече бенефициери, с оглед осъществяването на целите на приоритетната ос, към която се отнася. Съгласно чл. 2, т. 7 от същия Регламент под "нередност" се разбира всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съгласно чл. 2, т. 36 от

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 „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. С Регламент 1303/2013 г. е отменен Регламент 1083/2006 г., като по същество по-голямата част от разпоредбите на новия Регламент са идентични с тези на отменения. Чл. 143 от Регламент 1303/2013 г. изцяло преповтаря текста на цитирания по-горе чл. 98 от Регламент 1083/2006 г.

В изпълнение на приложимите норми на правото на Европейския съюз, посочени по-горе, Република България, в качеството си на държава-членка, за изпълнение на наложената и отговорност да следи за извършени нередности и да защитава бюджетните интереси на ЕС чрез анулиране на публичния принос за дадена програма спрямо конкретната операция, при и по повод на която е констатирана нередност, в националното законодателства за регулиране на тези правоотношения са приети Закона за финансово управление и контрол в публичния сектор /ЗФУКПС/, Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ и Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета с ПМС № 57/28.03.2017г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Процесното решение е издадено от Ръководителя на УО на Оперативна програма „Околна среда“, по силата на валидно учредена делегация, съгласно Заповед № РД-553/27.05.2021г. на Министъра на околната среда и водите. Д. на посочените правомощия е допустимо съгласно чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕСИФ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Решение от 18.05.2021г. изд. от В. К.-Ръководител на УО на ОП „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите, е издадено в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Като правно основание за налагане на , т.финансовата корекция са посочени чл. 73 и чл. 70, т.9 от ЗУСЕСИФ и т.11 от Приложение 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 ЗУСЕСИФ /Наредбата/, приета с ПМС № 57/28.03.2017г., в относимата редакция, след изм. с ПМС 202/15.08.2019г., в сила от 23.08.2019г., съгласно което нередностите, определени от УО, като неправомерни критерии за възлагане, в нарушение на императивните норми на чл.3, ал.5, чл. 3, ал. 7, т. 1 от ПМС 160/2016г., във вр. счл. 3, ал. 5, изр. 3 от ПМС 160/2016г., от 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 БФП от ЕСИФ, и нарушение на принципите на чл. 50, ал.1 и чл. 50 от ЗУСЕСИФ, са по т.11 от Приложението, изразяващи се в използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т.10 от Приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците в процедурата по възлагане.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ като бенефициентът е уведомен за вида на констатираните нарушения при осъществения контрол за законосъобразност на проведената процедура, като му е предоставена възможност да се запознае с констатациите на УО и в случай на несъгласие с тях да изложи възражения си, което право жалбоподателят надлежно е упражнил и възраженията му са анализирани, при постановяване на оспорения акт, като доводите му са обсъдени при издаване и формиране на волята на УО, обективизирана в процесното решение. Ето защо съдът прави извод, че не се констатират пороци за незаконосъобразност на акта на основание наличието на нарушение на установените от ЗУСЕСИФ административнопроизводствени правила.

Спорът по делото, се свежда до материалната законосъобразност на акта, във връзка с наличието на предпоставките за нередност, по смисъла на приложимия материален закон, във връзка с констатираното от УО нарушение на националното законодателство и МПС 160/2016, в частност въвеждането на незаконосъобразна методика за оценка на офертите, ограничаваща конкуренцията.

По материалната законосъобразност на акта, съдът намира следното:

Нормата на чл. 70, ал.1, т. 9 ЗУСЕСИФ определя, че финансова корекция се извършва за 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, както и на т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. за понятието „нередност”. 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 или на националното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2.) Доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на ЕС, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет; 3.) Доказана причинна връзка между нарушението и вредата. В процесният случай, съдът прави извод, че са безспорно установени предпоставките за налагане на ФК, поради нарушения на императивни норми на националното законодателство, във връзка с

условията за обявяване и провеждане на процедура за избор с публична покана от жалбоподателя с предмет: предмет: „Избор на изпълнител за изпълнение на дейности, вкл. популяризиращи такива по проект: „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - R. С.““.

По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице – Сдружение „ОПИМОС“ има качеството на бенефициер по ДБФП № Д-34-116/24.08.2020 г., по проект № BG16M10P002-2.009-0007 „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - R. С.“, т.е. е икономически субект по смисъла на чл. 2 (37) Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове при предоставянето на БФП по ОПДУ. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на процедури по публична покана, проведена по реда на Постановление № 160 на МС от 01.07.2016г. за определяне на правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договори в процедурата за избор с публична покана от бенефициента за безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Съгласно разпоредбата на чл. 1 ал.1 от посоченият по-горе акт, с процесното постановление се определят правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите при провеждане на процедура за избор на изпълнител с публична покана съгласно Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) от страна на бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове, които не са възложители по смисъла на Закона за обществените поръчки.

Административният орган подробно е обсъдил възраженията на бенефициера в обжалвания административен акт, като ги е приел за неоснователни, което настоящата инстанция намира за законосъобразно. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, сдружението-жалбоподател е осъществило действия по възлагане на определен вид дейности за разходване на получено безвъзмездно финансиране. Безспорно предвид представената по делото документация, свързана с извършване на обществена поръчка, която е във връзка с полученото безвъзмездно финансиране, се установява извършване на нарушения на ПМС № 160/2016г. Дружеството-жалбоподател, като възложител по смисъла на чл.49 от ЗУСЕСИФ, вр. чл. 2 от ПМС № 160/2016г., е извършило възлагане, като е приело незаконосъобразна методика, която ограничава достъпа на кандидати или потенциални участници в процедурата, поради неясноти по отношение на начина на оценяване на кандидатите по критерии по П1 - „Качество на организацията на членовете на екипа, който ще изпълнява поръчката“ от Методиката, в съответствие с въведените изисквания в Техническата спецификация, доколкото въведените минимални критерии за оценка, съвпадат по съдържание с ясно и конкретно разписаните дейности по проекта, поради което и въведените критерии за надграждане,

които дават възможност за присъждането на допълнителни точки, по въведената от възложителя, скала за оценка, се явяват формални, неясни по съдържание, което е в нарушение на изискването методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, което да гарантира запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които последните да предложат оферта, целяща най - добро класиране.

Неяснотите относно възможностите и съдържанието за наличието на надграждащите елементи и поражда неясноти и обосновани съмнения за възможност за субективизъм при оценката от експертната комисия, поради това, че не е предвиден точно и ясно начина за оценка на количествено неопределяеми качествени показатели. Въз основа на събраните в хода на съдебното производство доказателства, съдът прави извод, за действително нарушение на императивните норми на чл.3, ал.5, чл. 3, ал. 7, т. 1 от ПМС 160/2016г., във вр. с чл. 3, ал. 5, изр. 3 от ПМС 160/2016г., от 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 БФП от ЕСИФ, и нарушение на принципите на чл. 50, ал.1 и чл. 50 от ЗУСЕСИФ, които попадат в обхвата на т.11 от Приложението, изразяващи се в използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т.10 от Приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците в процедурата по възлагане. Независимо от това, че не е изрично посочено, констатираните нарушения са в противовес с принципите на чл. 50, ал.1 и чл. 50 от ЗУСЕСИФ.

Констатираните с решението нарушения попадат в хипотезата на чл. 70 ал. 1 т. 9 ЗУСЕСИФ - нередност, която съставлява нарушение на националното право, извършено чрез действие от получателя на безвъзмездната помощ и има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Съгласно чл. 70 ал. 2 ЗУСЕСИФ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Такъв акт е 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 № 57/28.03.2017г., обн. в ДВ бр. 27/31.03.2017г./ с която Министерският съвет е определил основните категории нарушения, за които се налагат финансови корекции - чл. 2 ал. 1 и Приложението към него. По силата на чл.1 от Наредбата с нея се посочват както 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) така и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции, определяни за нередности на основание чл. 70, ал. 1, т. 1 – 9 ЗУСЕСИФ. Предвид посоченото по-горе, съдът приема, че именно Наредбата е актът който определя видовете нередности по ПМС № 160/2016г. Следва да се посочи,

като допълнение, че абсолютни идентични видове нередности законодателят е бил предвидил и в отменената Методология за определяне на финансови корекции във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от Общата програма "Солидарност и управление на миграционните потоци"

Нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз като действителна или възможна последица от извършено нарушение на стопанския субект е основен елемент от понятието "нередност" по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент (ЕС) 1303/2013 на ЕП и на Съвета. 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. Това разбиране на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност - "има или би могло да има". Това тълкуване на разпоредбата е трайно установено и в практиката на Съда на Европейския съюз дадено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти. Тази теза се подкрепя и от Решения на Европейския Съд по Дело С-406/14 от 14 юли 2016 г и С-465/10 от 21.12.2011 г., където се тълкува разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. и се стига до извода, че по Структурните и Кохезионни фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможност нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност. В този смисъл не е необходимо да се доказва дали в действителност е имало лица, които не са участвали или са се отказали от участие в обществената поръчка, поради наличието на ограничително условие, тъй като самото създаване на предпоставки за отказване от участие се счита за негативно финансово влияние за конкуренцията в поръчката, поради което и констатиранията нарушения имат финансово отражение, доколкото такава вреда би могла да настъпи в конкретния случай, тъй като допуснатите нарушения, обективно нарушават принципите на прозрачност и равнопоставеност. С тези свои противоправни действия възложителят е възпрепятствал неопределен потенциален кръг заинтересовани от изпълнение на поръчката икономически оператори да представят оферти, поради което и сериозно е понижил възможността за избор на по-конкурентна оферта. От това, съдът прави извод, че са налице и другите два елемента от състава на нередността: възможна вреда и причинно следствена връзка между деянието и вредата.

В конкретния случай не е възможно определяне на конкретно финансово отражение на нарушението, доколкото, по естеството си то касае нарушаване на конкуренцията, което обективно не позволява изчисляване на финансово влияние от УО. Определеният в процентно отношение размер на ФК от 5% е изчислен като стойност, по реда и по формулата по чл. 5, ал. 3 от Наредбата,

въз основа на конкретен размер на допустимите по засегнатия договор с избора изпълнител.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

При този изход на делото, ответната страна има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноски, в размер на юрисконсултско възнаграждение, които съдът с оглед правната и фактическа сложност на акта и действителното процесуално представителство по делото, определя в размер на 300.00 лева, които следва да се заплатят от жалбоподателя.

Мотивиран от гореизложеното, Административен съд- София – град, III отделение, 63-ти състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ Жалбата на Сдружение в обществена полза с нестопанска цел „ОПИМОС“, ЕИК/Булстат:, с адрес: [населено място], [улица] [жилищен адрес]0, представлявано от Е. Г.-Председател на Управителния съвет, срещу Решение от 18.05.2021г. изд. от В. К.-Ръководител на УО на ОП „Околна среда“ в Министерство на околната среда и водите, с което на Сдружение „ОПИМОС“, в качеството му на бенефициент по ДБФП № Д-34-116/24.08.2020 г., по проект № BG16M10P002-2.009-0007 „Въвеждане на мащабна инициатива за предотвратяване образуването на отпадъци чрез насърчаване удължаване на жизнения цикъл на продуктите - Р. С.“, е наложена финансова корекция /ФК/, в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г. разходи по сключен договор № Д-1/24.02.2021г. с изпълнител [фирма], на стойност 271 200.00 лв. без ДДС, като неоснователна.

ОСЪЖДА Сдружение в обществена полза с нестопанска цел „ОПИМОС“, ЕИК/Булстат:176976015, с адрес: [населено място], [улица] [жилищен адрес]0, представлявано от Е. Г.-Председател на Управителния съвет, да заплати в полза на Министерство на околната среда и водите, чрез Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“, сумата от 300.00 /триста/ лева, представляваща съдебно-деловодни разноски в производството.

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

СЪДИЯ: