

РЕШЕНИЕ

№ 535

гр. София, 01.02.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 13 състав,
в публично заседание на 18.01.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Николай Ангелов

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **9677** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Фондация „Интерактивна България“ със седалище и адрес [населено място], [улица] ет.2,[ЕИК], представлявано от председателя на Управителния съвет И. В. срещу Решение за определяне на финансова корекция от 17.09.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор No 5/11.06.2021г. с изпълнител О три Пи ар Е. на стойност 48000 лева. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при липса на мотиви, съществени процесуални нарушения, нарушение на материалния закон и несъобразяване с материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призван, не се представлява. В писмена молба адв. Ж. моли съда да отмени решението по изложените в жалбата и писмени бележки доводи.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Фондация „Интерактивна България“ е бенефициент по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ No BG16M1OP002 -3.019-0005-C01 /11.08.2020 г.

В хода на последващ контрол за законосъобразност на възложена обществена поръчка чрез публична покана по реда на ПМС №160/2016 за услуга с предмет Организация и провеждане на събития и сключен договор с изпълнител О Три Пи ар Е. на стойност 48000 лв без ДДС е констатирано нарушение на ЗУСЕСИФ и ПМС No 160 от 1.7.2016г. 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 (ПМС 160/2016).

Бенефициентът е уведомен за допуснатото нарушение с писмо No 3-019-0005-2-800/20.08.2021. /лист 22 и сл./, че е сключил договор No 5/11.06.2021г. с „О Три Пи ар Е. с крайна цена 48000 лева в нарушение на чл.3 ал.7 т.1 от ПМС № 160/2016г вр. Чл.3 ал.5 изр.3 от ПМС № 160/2016г- чрез изпълването на незаконосъобразна методика за оценяване. В уведомителното писмо е посочено, че бенефициентът е допуснал нарушение на чл.3 ал.7 т.1 от ПМС № 160/2016г вр. Чл.3 ал.5 изр.3 от ПМС № 160/2016г, като извършеното нарушение е относимо към точка 11 б.б от приложение No 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, приета с Постановление No 57 28.03.2017г. на Министерския съвет (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г., поел. изм., ДВ, бр. 67 от 2019 г.). Жалбоподателят е уведомен, че следва налагането на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор No 5 от 11.06.2021 г. с „О Три Пи ар Е. с крайна цена 48000 лева. Това писмо е изпратено на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ..

В указания двуседмичен срок е постъпило писмено възражение от бенефициента по реда на чл. 73, ал. 2, пр. второ от ЗУСЕСИФ, представено чрез ИСУН на 30.08.2021г. В него жалбоподателят оспорва констатацията на Р. ,че показателите по т.1 и 2 от обявлението за обществена поръчка се припокриват, а третото надграждащо обстоятелство било неясно.

С оспореното Решение за определяне на финансова корекция от 17.09.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, на основание чл.70, ал. 1, т.9 и чл. 73, ал.1 във вр. с чл.72, ал. 1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ на „Фондация Интерактивна България, е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор No 5/11.06.2021г. с Е. О Три Пи ар с крайна цена 48000 лева.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято

структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който със Заповед No РД- 553/27.05.2021г., на основание, чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ, е възложил на В. К. – Директор на Дирекция „ОПОС“ в администрацията на МОСВ, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл.59, ал.2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнипроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Управляващият орган е започнал процедура по администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с извършена проверка за законосъобразност на възложена обществена поръчка чрез публична покана по реда на ПМС №160/2016 за услуга с предмет Организация и провеждане на събития и сключен договор с изпълнител О Три Пи ар Е. на стойност 48000 лв без ДДС е констатирано нарушение на ЗУСЕСИФ и ПМС No 160 от 1.7.2016г. 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 (ПМС 160/2016).

Установено е,че критерият за възлагание е “ икономически най изгодна оферта” при оптимално съотношение цена/качество,което се оценявало по следните показатели-техническа оценка П1/ с тежест 60%/ ,срок на изпълнение П2/с тежест 10%/ и предложена цена П 3/ с тежест 30%/ .По отношение на показателя П1- техническа оценка за присъждане на максимален брой точки 10 ,участникът следва да е предложил едно от следните обстоятелства: 1.участникът е описал подробно организацията на изпълнение на дейностите,предвидени в поканата,начините и методите за координация и комуникация с Възложителя и други организационни аспекти,които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга;2.за всяка от дейностите е посочен конкретния начин на изпълнението й/включително отделни поддейности/,отговорни лица,логистика,технически средства и материали ,времеви обхват;3.участникът е предложил мерки за вътрешен контрол и организацията на работата на екипа от експерти,с които да гарантира качествено изпълнение на поръчката.От съдържанието на показателите по т.1 и 2 се установява,че е налице припокриване на исканата информация от потенциалните участници.Така за тях не е ясно какво следва да представят в отделните две обстоятелства,тъй като изпълнението на всяка от дейностите е свързано с организацията на персонала и на практика следва да се представи една и съща информация в два различни раздела от техническата оферта на участника.Тази неяснота,съчетана с съдържанието на публичната покана,в което бенефициентът е посочил броя на необходимите експерти

за изпълнение на поръчката, както и на дейностите в етапите, като е посочил и необходимия профил на експертите по същество не води до надграждане на качеството на изпълнение и не гарантира обективност, нито пък предоставя ясни указания към участниците как те да посготвят конкурентно своите технически предложения. В третото надграждащо обстоятелство възложителят е поискал описание на организацията на работа на екипа от експерти, така че да се гарантира качествено изпълнение на поръчката. Въз основа на всичко изложено се установява, че в методиката за оценка са заложили критерии, които предполагат различна субективна преценка на оценителите при оценка на всяко едно предложение и анализ дали предложените дейности допълват действително изискванията на възложителя и дали водят до по качествено изпълнение на поръчката, като по този начин липсва предвидимост за потенциалните участници как да изготвят техническото си предложение, така че да получат максимален брой точки.

Според настоящата инстанция посочените по горе критерии за оценка допускат прекалено голям диапазон на субективна преценка на възложителя, без да са налице спазване на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция и публичност и прозрачност на процедурата. Съгласно чл.3 ал.7 т.1 от ПМС № 160/2016 В публичната покана бенефициентът посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва:

1. 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. Тази разпоредба тълкувана в нормата на чл.3 ал.5 изр. 3 от същото ПМС изисква, че посочените от възложителя показатели не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. Според съда методиката за оценка следва да съдържа точни указания за определянето на оценката по всеки показател, а предложената от бенефициента предлолага голяма доза субективизъм при оценка на всяка една оферта. Така се създават предпоставки за неравно третиране и отблъскване на потенциалните участници, а това води и до нарушаване на принципите за публичност и прозрачност, на които следва да отговарят поканите за обществени поръчки, едновременно с липсата на гарантиране на равенство между участниците.

С оглед на изложеното, съдът намира, че жалбоподателят е допуснал нарушение на чл. 3, ал. 7, т. 1 вр. Ал.5 т.3 изр.3 от ПМС № 160/2016, във вр. Чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ.

Констатираното нарушение представлява нередност. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) No 1303/2013 г. нередност е 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. Установеното нарушение има финансово отражение предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно. Налице е финансово отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на Европейския съюз, тъй като бенефициентът е провел процедура за избор с публична покана без да заложи критерии за равенство, обективност и прозрачност на оценяването в методиката за оценка.

При определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице „доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет.“ Регламент (ЕС) No 1303/2013г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да „има или би имало“ за последица нанасянето на вреда. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

Размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В случая се прилага пропорционалния метод. Съгласно чл. 5 ал. 1 от Наредбата 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 (каквто е конкретния случай) и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно.

Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата 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 ЗУСЕСИФ, са посочени в приложение 1. Видно от него, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвиден и съответен процентен показател на финансовата корекция. Съгласно чл. 72, ал. 3 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. Определеният процентен показател по изречение първо се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания.

Посоченото нарушение по раздел I е относимо към точка 11, б. „б“ (определяне на незаконосъобразна методика- критерий за възлагане) от Приложение No 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, приета с ПМС No 57/28.03.2017 г. Това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор No 5 от 11.06.2021 г. с Е. О Три Пи ар с крайна цена 48000 лева. При наличието на съответните условия, УО е длъжен да съобрази и приложи същите при определянето на размера на финансовата корекция, т.е. тук УО действа в условията на обвързана компетентност.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на „Фондация Интерактивна България, не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал.4 от

АПК, ответникът има право на сторените в производството съдебно-деловодни разноси, които съдът определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 100 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 13 състав,
РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Фондация „Интерактивна България“ със седалище и адрес [населено място], [улица] ет.2,[ЕИК], представлявано от председателя на Управителния съвет И. В. срещу Решение за определяне на финансова корекция от 17.09.2021г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 на сто върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор No 5/11.06.2021г. с изпълнител О три Пи ар Е. на стойност 48000 лева.

ОСЪЖДА Фондация „Интерактивна България“ със седалище и адрес [населено място], [улица] ет.2,[ЕИК], представлявано от председателя на Управителния съвет И. В., да заплати на Ръководителя на УО на ОПОС 2014-2020 сума в размер на 100 /сто/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

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