

РЕШЕНИЕ

№ 2330

гр. София, 08.04.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 20.01.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **5088** 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 на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица] срещу Решение № МДР-СД-01-26 от 20.04.2021 г. на Заместник- министъра на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. (ПМДР), в частта по Констатация № 1, с което е наложена финансова корекция на жалбоподателя в размер на 16 163, 34 лева, представляващи 5 % от допустимите разходи по договор № от 08.05.2018 г. с изпълнител [фирма].

Решението се оспорва като необосновано, неправилно и незаконосъобразно. Жалбоподателят твърди, че при правилния анализ на разпоредбата на чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС 160/2016 г. е видно, че законодателят оставя възможност на бенефициентите/възложители сами да определят срока, който залагат в поканите си, като единственото условие е, той да е в рамките на максимално установеният такъв, което е спазено. Твърди, че ще е ограничително изискването, ако Възложителят не беше конкретизирал, че строителството трябва да е изпълнено преди датата на подаване на офертата. Сочи, че към момента проектът е изцяло завършен и по него след проверка от страна на Разплащателна агенция още в края на 2018 г. е извършено окончателно плащане. Отделно от горното, счита, че липсват задълбочени мотиви в

частта на обжалваното решение, които дори в малка степен да покриват нормално приетите изисквания за издаването на едно решение.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез адв. Т. поддържа жалбата по съображения, изложени в нея. Претендира присъждане на направените по делото разноски, за които представя списък.

Ответникът – Заместник-министър на Земеделието, храните и горите и ръководител на УО на Програмата за морско дело и рибарство 2014-2020 г., чрез юрк. Ц. оспорва жалбата, като неоснователна и недоказана. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на адвокатското възнаграждение. Представя писмени бележки, приложени по делото.

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 и правна страна:

Между страните не се спори, че жалбоподателят [фирма] е бенефициер по Административен договор № МДР-ИП-01-7/14.03.2018 г., за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по програма за морско дело и рибарство 2014-2020 по процедура за подбор на проекти BG14MFOR001-2.006 „Продуктивни инвестиции в аквакултурите“, сектор „Рециркулационни системи“ и сектор „Изграждане на нови, както и разширяване и модернизация на съществуващи аквакултурни стопанства“, Проект BG14MFOR001-2.006-0015 „Разширяване, модернизация и повишаване на енергийната ефективност на съществуващо рибовъдно стопанство и подобряване на условията на труд на работещите в него“, изменен с допълнително споразумение № МДР-ИП-01 -72/26.06.2018 г.

Жалбоподателят е провел процедура за избор на изпълнител с предмет „Надстрояване на люпилня – складове, лаборатория и битов персонал“. В резултат на проведената процедура е сключен договор № 1 от 08.05.2018 г. с изпълнител [фирма].

Управляващият орган на Програмата за морско дело и рибарство 2014-2020 г. (УО на ПМДР) е започнал процедура по определяне на финансова корекция по сигнал от ИА СОСЕЗФ, получен с предварителен одитен доклад, във връзка с извършен одит на процедура за избор на изпълнител по реда на ПМС № 160/2016 г. с предмет „Изграждане на фотоволтаична инсталация за енергийно подпомагане на люпилня - складове, лаборатория и битов персонал“.

На УО е връчен и окончателен одитен доклад от проверката на ИА СОСЕЗФ с дата 15.10.2019 г. В доклада е потвърдено, че са констатирани нарушения при провеждането на процедура за избор на изпълнител по реда на ПМС № 160/2016 г. с предмет „Надстрояване на люпилня – складове, лаборатория и битов персонал“.

До [фирма] е изпратено писмо с изх. № 70-3766/18.08.2020 г., с което на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСИСИФ на дружеството е предоставена възможност, да представи своите възражения в срок 14 календарни дни, считано от деня следващ деня на

получаване на писмото. В указания срок е представено възражение.

С срещу Решение № МДР-СД-01-26 от 20.04.2021 г. на Заместник- министъра на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. (ПМДР), в частта по констатация № 1 е наложена финансова корекция на жалбоподателя в размер на 5 % от допустимите разходи по договор № от 08.05.2018 г. на стойност 649 249, 92 лв. с изпълнител [фирма]. Сумата на финансовата корекция е в размер на 16 163, 34 лева.

В мотивите на решението е посочено, че Съгласно чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ бенефициентите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата. Съгласно чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016 за доказване на техническите възможности на кандидата бенефициентът може да изиска списък на изпълненото строителството, сходно с предмета на поръчката, най-много за последните 5 години от датата на подаване на офертата в зависимост от датата, на която кандидатът е учреден или е започнал дейността си, придружен от препоръки за добро изпълнение.

В раздел III.2.2, т. 2 от публичната покана е посочено следното изискване към техническите възможности на кандидатите: „Кандидатът трябва да имат опит в изпълнението на СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка, изпълнени през последните 2 (две) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си.“

За доказване на изискването бенефициента е изискал „Списък на изпълнени от кандидата СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка изпълнени през последните 2 (две) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си, включително стойностите, датите и възложителите.“

Така заложеното изискване за изпълнени сходни дейности през последните 2 (две) приключени финансови години противоречи на чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016, съгласно който относимият период на опита в строителство е най-много за последните 5 години, но от датата на подаване на офертата. На практика необосновано е ограничено правото на икономическите оператори да докажат опит в сходни дейности, придобит през последните 2 (две) години, считано до датата на подаване на офертата. Нарушен е чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016.

Нарушението представлява нередност по т. 9 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 ЗУСЕСИФ (Приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.), за която е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за изпълнение.

Предвид установеното от фактическа страна съдът намира следното от правна страна:

Жалбата е подадена от надлежна страна, за която е налице пряк и непосредствен интерес от обжалването, в срок. Решението е издадено на 20.04.2021 г., а жалбата е подадена в АССГ с вх. № 15474 на 05.05.2021 г. Като взе предвид и неприсъствените дни през месец май 2021 г., съдът приема, че жалбата е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Съгласно чл. 168, ал. 1 АПК съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 АПК, а именно: дали актът е издаден от компетентен административен орган и в установената форма, спазени ли са административнопроизводствените правила и материално-правните разпоредби по издаването му, съобразен ли е актът с целта на закона.

Съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ ръководителят на Управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Процесното решение е издадено от компетентен орган. Според чл. 39 от Устройствения правилник на МЗХГ, Дирекция „Морско дело и рибарство“ изпълнява функциите на Управляващ орган на Програмата за морско дело и рибарство 2014 – 2020 г. (ПМДР), а ръководител на тази дирекция, като част от структурата на министерството е министърът на земеделието, храните и горите. В случая издател на обжалвания акт е д-р Л. В.-заместник-министър на ЗХГ и ръководител на УО ПМДР, редовно оправомощен със заповед № РД-09-365/07.04.2021 г. на министъра на земеделието, храните и горите /л. 27/.

При извършената служебна проверка съдът не констатира съществени нарушения на административнопроизводствени правила. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма- чл. 59, ал. 2 АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59 ал. 2, т. 4 АПК.

Преди издаване на решението, управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициерът 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. Управляващият орган е дал такава възможност, а дружеството е изложило в срок своите възражения, поради което не са налице нарушения на административнопроизводствените правила.

По отношение на приложението на материалния закон, съгласно разпоредбата на чл. 51, ал. 4 ЗУСЕСИФ бенефициентите не могат да включват в поканата условия, които необосновано препятстват участието на лица в процедурата, както и информация, насочваща към конкретен модел, източник, процес, търговска марка, патент или друго подобно, което би довело до облагодетелстването или елиминирането на определени лица или продукти, а когато предвид спецификата на предмета това е обективно невъзможно, след посочването им се добавят думите "или еквивалентно".

Нормата на чл. 3, ал. 13, т. 2 от Постановление № 160 на МС 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, гласи: „В случай че в публичната покана са включени изисквания за технически възможности и/или квалификация на кандидатите, бенефициентът може в зависимост от характера, количеството и обекта на процедурата да изиска от тях да представят един или няколко от следните документи: 2. списък на изпълненото строителството, сходно с предмета на поръчката, най-много за последните 5 години от датата на подаване на офертата в зависимост от датата, на която кандидатът е учреден или е започнал дейността си, придружен от препоръки за добро изпълнение; тези препоръки посочват стойността, датата и мястото на строителството, както и дали то е изпълнено в съответствие с нормативните изисквания;“.

В случая в раздел III.2.2, т. 2 от публичната покана е посочено, че „Кандидатът трябва да има опит в изпълнението на СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка, изпълнени през последните 5 (пет) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си“.

За доказване на изискването жалбоподателя е изискал „Списък на изпълнени от кандидата СМР с подобни или еднакви дейности като предвидените в настоящата поръчка изпълнени през последните 5 (пет) приключили финансови години, в зависимост от датата, на която е учреден или започнал дейността си, включително стойностите, датите и възложителите“.

Настоящият съдебен състав счита, че възложителят неправилно е определил срок от пет приключили финансови години назад от подаване на офертата от 02.05.2018 г. до 02.05.2013 г. Понятието „приключила финансова година“ е определено от §1 т.14 ДР на Закона за счетоводството, според която разпоредба “отчетен период” е календарната година от 1 януари до 31 декември, освен ако в закон е определено друго. Финансовата година съвпада с календарната, т.е. започва на 1 януари и приключва на 31 декември. Съгласно заложеното изискване в публичната покана, за начален срок на изпълнените дейности се приема датата 01.01.2013 г. Допълващото разяснение „Строителството трябва да е приключено и прието от съответния възложител преди датата на подаване на офертата от участника“ правилно е прието от Управляващия орган като ограничено условие.

С оглед гореизложеното може да се направи заключение, че е налице нарушение на императивната норма на чл. 51, ал. 4 от ЗУСЕСИФ във връзка с чл. 3, ал. 13, т. 2 от ПМС № 160/2016 г., тъй като посоченото условие в публичната покана оказва възпиращо въздействие върху потенциалните участници.

В обжалвания акт Ръководителя на УО неправилно е квалифицирал нарушението като нередност по т. 9 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

ЗУСЕСИФ (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.

Точка 9 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата установява наличието на нарушение при неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие.

Решение № МДР-СД-01-26. на Заместник- министъра на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. е издадено на 20.04.2021 г.

Действащата редакция на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата по време на издаване на акта е (Изм. – ДВ, бр. 67 от 2019 г., в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 2020 г.). В актуалната разпоредба липсва самостоятелна т. 9, а са визирани т. 9.1, т. 9.2 и т. 9.3. Описанието на нередността по т. 9.1 включва „Липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на критериите за подбор и/или възлагане (и/или тяхната тежест), или условията за изпълнение на поръчката, или техническите спецификации.“, като са дадени две хипотези с различна санкция- б.“а“ и б.“б“. В т. 9.2 е разписано: „Липса на достатъчно описание на критериите за възлагане или тяхната тежест“, а в т. 9.3 „Липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация“.

Съответстващата разпоредба на нередността по т. 9 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба (Приета е ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.) е възпроизведена в т. 9 от Приложение № 1а към чл. 2, ал. 2 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 ЗУСЕСИФ (Изм. – ДВ, бр. 67 от 2019 г., в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 2020 г), под която УО е следвало да подведе извършената нередност.

Предвид това, че правната квалификация е неправилна, решението в тази му част е незаконосъобразно.

По изложените съображения оспореното решение следва да бъде отменено.

Основателна при този изход на спора е претенцията на жалбоподателя за присъждане на направените в производството разноски. Претендират се разноски в размер на 1 229.31 лв., от които държавна такса - 129,31 лв. и адвокатско възнаграждение в размер на 1 100,00 лв., съгласно приложен договор. Предвид направеното възражение за прекомерност и като съобрази чл. 8, ал. 1, т. 3 от Наредба № 1 от 9.07.2004 г. за минималните размери на адвокатските възнаграждения, съдът намира, че не е налице прекомерност. Минималния адвокатски хонорар предвиден в наредбата би възлизал на 888 лева, а жалбоподателят е заплатил 1 110 лева, които не се явяват прекомерни поради фактическата и правна сложност на делото.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III отделение, 60-и

състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на [фирма], ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица] Решение № МДР-СД-01-26 от 20.04.2021 г. на Заместник- министъра на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г., в частта по Констатация № 1, с което е наложена финансова корекция на жалбоподателя в размер на 16 163, 34 лева, представляващи 5 % от допустимите разходи по договор № от 08.05.2018 г. с изпълнител [фирма].

ОСЪЖДА Министерство на земеделието, храните и горите, чрез Заместник-министър на земеделието, храните и горите и Ръководител на Управляващия орган на Програма за морско дело и рибарство 2014-2020 г. да заплати на ЕТ [фирма], ЕИК-[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от управителя Й. Т. сума в размер на 1 229.31 лева (хиляда двеста двадесет и девет лева и 0.31 ст.), представляващи разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14- дневен срок от съобщаването му, пред Върховния административен съд на Република България.

СЪДИЯ: