

РЕШЕНИЕ

№ 5728

гр. София, 19.02.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 16 състав,
в публично заседание на 06.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Ралица Романова

при участието на секретаря Елица Делчева, като разгледа дело номер **4832** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г. Образувано е по жалба вх. № 18463 от 15.05.2024 г. по описа на Административен съд София-град, подадена от Министерство на регионалното развитие и благоустройството (МРРБ), представлявано от министъра на регионалното развитие и благоустройството, чрез административния орган, срещу решение от 18.04.2024 г. на ръководителя на управляващия орган (РУО) на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 – 2020 г. (ОПОС 2014 – 2020), с което, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ, поради установена нередност при изпълнение на договор за безвъзмездна финансова помощ № Д-34-2/10.02.2016 г., сключен между МРРБ и РУО, по проект „Подпомагане на регионалното инвестиционно планиране на отрасъл ВиК“, на МРРБ е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността от засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014 - 2020 разходи, представляващи средства по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, по договор № РД-02-29-310/05.09.2018 г., с изпълнител ДЗЗД „Дружество за оценка на ВиК активи“, на стойност 1 915 000 лв. без ДДС, с предмет: „Изготвяне на оценка на ВиК активи, публична държавна и публична общинска собственост“. С жалбата се твърди, че оспорваният административен акт е незаконосъобразен поради допуснати при издаването му съществени процесуални нарушения,

противоречие с материални закон и необоснованост. Оспорват се констатациите на органа, че при провеждане на процедура по възлагане на обществена поръчка от МРРБ са допуснати нарушения на Закона за обществените поръчки (ЗОП) по чл. 46, ал. 1, във вр. с чл. 2, ал. 1, т. 2 от с.з. и е осъществен съставът на т. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Твърди се, на първо място, че не е извършено нарушение на ЗОП, и на следващо – че то неправилно е квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Излагат се доводи, че към момента на твърдяното нарушение не е действала посочената от органа редакция на Наредбата за посочване на нередности, съответно не е съществувал състав на нередност „липса на обосновка за неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“. В допълнение се излагат аргументи, че не са изложени мотиви в акта за нанесена вреда на европейските фондове или възможност за такава върху бюджета на ЕС, както и същата да е в пряка и непосредствена причинно-следствена връзка с нарушението. Изразено е искане от съда да бъде постановено решение, с което да се отмени изцяло решение от 18.04.2024 г. на РУО на ОПОС 2014 – 2020. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от юрк. Л., който поддържа жалбата и моли съдът да отмени оспореното решение. Претендира разноски за платена държавна такса и юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът – ръководителят на УО на ОПОС и главен директор на главна дирекция „Оперативна програма Околна среда“ 2014-2020 г., оспорва жалбата чрез процесуалния си представител – юрк. С., относно нейната допустимост и основателност. Моли да бъде отхвърлена. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен Съд С. - град, III отделение, 16 състав, след като взе предвид наведените в жалбата доводи, становището на процесуалния представител на ответника и се запозна с приетите по делото писмени доказателства, намира за установено от фактическа страна, следното:

Министерство на регионалното развитие и благоустройството, представлявано от министъра на регионалното развитие и благоустройството, е бенефициер по договор за БФП № Д-34-2/10.02.2016 г., с който е предоставена на същия БФП по ОПОС 2014 – 2020 г., съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие и Кохезионния фонд на ЕС за проект рег. № BG16M1OP002-1.001-0001, с предмет „Подпомагане на регионалното инвестиционно планиране на отрасъл ВиК“.

В резултат от осъществен последващ контрол за законосъобразност на проведена обществена поръчка чрез открита процедура, с предмет: „Изготвяне на оценка на ВиК активи, публична държавна и публична общинска собственост“, и сключен в резултат на нея Договор № РД-02-29-310/05.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Дружество за оценка на ВиК активи“, е констатирано нарушение, представляващо нередност, за което Министерството на регионалното развитие и благоустройството е уведомено с писмо рег. № 1-001-0001-2-202/12.03.2024 г. на УО на ОПОС 2014 – 2020 г. по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, чрез ИСУН. В писмото са изложени вида на констатираното нарушение, основанието му – фактическо и нормативно, както и наличието на финансов ефект от него, както и размерът на предстоящата за определяне финансова корекция. Предоставена е възможност на адресата да се запознае и в случай че има възражения, да ги изложи, като ги подкрепи с

необходимите доказателства.

Съгласно горесцитираното писмо е констатирано едно нарушение с финансов ефект, а именно: липса на обосновка за неразделяне на предмета на обществената поръчка на обособени позиции - нарушение на чл. 46, ал. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Бенефициерът е възразил, като е изложил аргументи, в смисъл че не е извършено нарушение на ЗОП, алтернативно - че същото не представлява нередност, тъй като няма финансово отражение. Възраженията му са приети от РУО на ОПОС за неоснователни и необосновани, поради което е издадено процесното решение, с което на същия е определена финансова корекция в размер на 5 % върху засегнатите разходи.

В мотивите на акта е изложено следното:

В обявлението и техническата спецификация възложителят е посочил, че обществената поръчка: „има за цел да се изготви оценка на всички ВиК активи, представляващи публична собственост, които се стопанисват, поддържат и експлоатират от ВиК оператори, съгласно Приложение № 1 на база на унифицирани Инструкции за оценка на публични ВиК активи („Инструкциите“, Приложение № 2). За всеки ВиК оператор на база на оценените активи следва да се онагледят възможното отражение върху цените на ВиК услугите в съответната обособена територия чрез разработването на варианти за включване в ценообразуването на амортизационни отчисления от оценените активи“.

В Техническата спецификация като част от Дейност 3 (Оценка на публичните ВиК активи за всеки от етапите съгласно Техническата спецификация) е заложено, както следва:

„3.4. Представяне на финалните резултати от изпълнението на предмета на поръчката. След съгласуване на финалните версии с Възложителя на оценителските доклади и Докладите, съдържащи анализ на влиянието на оценката на публични ВиК активи при формиране цените на ВиК услугите за съответните обособени територии, Изпълнителят следва да организира финална кръгла маса (1/2 ден) за минимум 50 участника с представители на заинтересованите страни: МРРБ, ВиК оператори, КЕВР, асоциациите по ВиК (АВиК), Министерството на околната среда и водите (МОСВ) и други, по преценка на Възложителя, на която се отчита цялостното изпълнение на дейностите. Финалната кръгла маса се организира в [населено място] (датата и мястото на събитието се съгласуват предварително с Възложителя). Всички разходи, свързани с организацията на финалната кръгла маса са за сметка на Изпълнителя, вкл.: идентифициране на потенциални участници и изготвяне на покани; наем на подходяща зала, озвучаване и оборудване; храна и кафе-паузи; настаняване (една нощувка в единична стая в хотел минимум 3 звезди), дневни и транспортни разходи, свързани с участието в кръгла маса (ако е приложимо) за максимум 35 участника; разработка и печат на материали за участниците.

Изпълнителят следва да документира провеждането на кръглата маса с присъствени списъци и подходящ снимков материал, както и да осигури необходимата визуализация при провеждане на събитието съгласно изискванията на ОПОС. Финалните варианти на присъствените списъци, материалите от кръглата маса, снимков материал и пр. следва да бъдат приложени към Окончателния доклад по договора на електронен носител.

3.5. Изготвяне на текст на една публикация на български език (статия в обем до 1000

думи) преди края на изпълнението на договора и осигуряване на публикуването ѝ в едно печатно и едно он-лайн издание. Текстът на публикацията и предлаганите издания за тяхното публикуване се съгласуват предварително с Възложителя. Публикацията следва да е на нетехнически език и да синтезира основните резултати, постигнати в резултат на изпълнението на договора. Изпълнителят следва да осигури и превод на английски език на финалния вариант на публикуваната статия. Финалните варианти на публикацията (на български и английски език) следва да бъдат приложени към Окончателния доклад по договора на хартиен и електронен носител. Хартиеният носител следва да е копие от оригиналното хартиено издание, в което е публикувана статията и разпечатка от съответното онлайн издание.“

На следващо място, в обхвата на дейност 4 „Изготвяне на варианти за включване в ценообразуването на ВиК услугите за съответната обособена територия на амортизационни отчисления от оценените активи“, е включено:

„4.2. Осъществяване на проучване и изготвяне на доклад с представяне на опита на 3 (три) страни-членки на ЕС със сходно на България регулиране на ВиК услугите, при използването на пазарни съпоставки, индексирание, преоценки или други методи, с цел адекватно отразяване на необходимите амортизационни отчисления и разходите за поддръжка на активите. Форматът и съдържанието на доклада се съгласува предварително с Възложителя. Резултатите от дейност 4.2 следва да бъдат представени в рамките на финална кръгла маса по дейност 3.4“.

Същевременно в решението за откриване на процедурата възложителят е изложил следните мотиви за невъзможността за разделяне на обществената поръчка на обособени позиции:

„Предмета на обществена поръчка е единен, а дейностите са обособени във взаимосвързани етапи, изискващи прилагане на унифицирани Инструкции за оценка на публични ВиК активи и прилагане на унифициран подход за включване в ценообразуването на ВиК услугите за съответната обособена територия на процент от стойността на преоценените ВиК активи, и съответно процент от амортизационните им отчисления, за регулаторния период 2022 – 2026 г. Това обстоятелство не допуска изпълнението им от различни изпълнители и не предполага поръчката да бъде разделяна на обособени позиции, с цел да се гарантира постигане на унифицираност на крайните продукти“.

В уведомителното писмо и мотивите на атакувания административен акт е посочено, че в мотивите на възложителя се твърди, че предметът на поръчката е единен, без да се изследва включването на допълнителни и несходни дейности чрез конкретизацията в техническата спецификация и при липса на анализ на възможността за разделяне в обособени позиции. Мотивите са без връзка с цялостния обхват на предмета на поръчката, като не обосновават преценката на възложителя. Прави се позоваване на изискването на закона за мотивиране, което е императивно заложено в правната норма на чл. 46, ал. 1 от ЗОП, като изискването на закона е не да се посочат произволни причини, а тези причини да са адекватни на предмета на поръчката. Разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП транспонира в националното законодателство разпоредбата на член 46, параграф 1 от Директива 2014/24, съгласно който възложителят може да реши да възложи поръчката под формата на обособени позиции, но, ако реши да не разделя поръчката, трябва да посочи основните причини за това – т. нар. принцип „раздели или обясни“. Разпоредбата е приета в изпълнение на посочената в съображение 78 на Директива 2014/24 цел – да се улесни достъпът на малките и

средни предприятия до обществените поръчки, тъй като участието на същите, от една страна, е изключително важно за обществените поръчки, защото води до по-добро съотношение цена/качество при договарянето, а от друга – позволява на тези предприятия да развият своя потенциал и по този начин да въздействат положително на икономиката. Това значи, че наличието на обособени позиции, както и техните предмет, обем и прогнозна стойност пряко влияят на конкуренцията и позволяват навлизането на нови икономически оператори.

В конкретния случай дейностите по организиране на публични събития, в т.ч. осигуряване на подходяща зала, озвучаване и оборудване; храна и кафе-паузи; настаняване и нощувки; разработка и печат на материали; публикации в печатни и онлайн издания; преводи и др. се явяват допълнителни и несходни. Същите следва да бъдат обект на отделна процедура или на обособена позиция в рамките на настоящата процедура. Правният статут и упражняването на професията на независимите оценители са регламентирани в Закона за независимите оценители, като посочените по-горе дейности не са част от кръга от задължения на лицата, осъществяващи професията „независим оценител“. На следващо място, в обявлението за обществена поръчка, раздел II.1) Обхват на обществената поръчка, като основен CPV код е посочен 79313000, като съгласно Общия терминологичен речник същият касае Услуги по оценка на пазарни характеристики. В посочения раздел на обявлението не е включен допълнителен CPV код, касаещ изпълнението на дейности по информация и публичност или туроператорски услуги, каквито са включени в кръга от задължения съгласно техническата спецификация. Двата вида дейности се различават по своето естество, както и кръгът от заинтересовани лица е различен за тях, тъй като лицата, които са способни да ги изпълнят са с различна професионална компетентност. Групирането на двете дейности, които представляват интерес на различни икономически оператори, в една и съща процедура без обособяване в отделни позиции е възпрепятствало двата кръга от икономически оператори и потенциални изпълнители на въпросните дейности да подадат оферти като самостоятелни участници.

С оглед изложеното УО на ОПОС намира за установено нарушение, изразяващо се в необосновано неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции, което квалифицира по чл. 46, ал. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Установеното от УО на ОПОС нарушение се квалифицира по т. 3 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., изразяващо се в липса на обосновка за неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции. Изложеното, с оглед и на мотивите на Върховен административен съд, постановени в Решение № 10312/27.07.2020 г. по адм. д. № 7678/2019 г., VII отд., при спазване разпоредбите на чл. 71, ал. 4 от ЗУСЕФСУ (Загл. изм. – ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022г.), съставлява предпоставка за определяне на финансова корекция в размер на 5% от стойността на разходите признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, по договор № РД-02-29-310/05.09.2018 г., с изпълнител ДЗЗД „Дружество за оценка на ВиК активи“, на стойност 1 915 000 (един милион деветстотин и петнадесет хиляди) лева без ДДС, на основание т. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от цитираната

наредба.

В срока, предоставен с писмо с изх. № 1-001-0001-2-202/12.03.2024 г., в съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, е депозирано възражение от бенефициера, публикувано в информационна система ИСУН с изх. № 70-00-1005(62)/27.03.2024 г., с което се оспорва основателността и размерът на първоначално определената финансова корекция, с приложени доказателства.

С оспорваното в настоящото производство Решение от 18.04.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ е определена финансова корекция в размер от 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключен договор Договор № РД-02-29-310/05.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Дружество за оценка на ВиК активи“, на стойност 1 915 000 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ. УО в своето решение е констатирал нарушение на чл. 46, ал. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

УО е счел, че в обявлението за обществената поръчка възложителят е определил критерии за подбор по отношение на участниците в процедурата във връзка с икономическото и финансовото състояние, както и техническите и професионални способности. Изисква се участниците да са реализирали минимален оборот в размер на 1 000 000,00 лв. без ДДС в сферата, попадаща в обхвата на поръчката, изчислен на база годишните обороти, реализирани през последните три приключили финансови години в зависимост от датата, на която участникът е създаден или е започнал дейността си. Като под „оборот в сферата, попадаща в обхвата на поръчката“, възложителят е дефинирал „оборот, реализиран от извършени оценки по справедлива или пазарна стойност на материални и нематериални активи на линейни мрежи и съоръжения, и/или пречиствателни станции за отпадъчни води (ПСОВ) и/или на машини или съоръжения на малки и средни предприятия по смисъла на чл. 3, ал. 1 и 2 от ЗМСП, с изключение на микропредприятия по смисъла на чл. 3, ал. 3 от ЗМСП.“ На следващо място, относно техническите и професионални способности е заложено изискване през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, участникът да е изпълнил услуга/действие/и с предмет, идентични или сходни с тези на поръчката. Посочва се, че под „услуга/действие с предмет, идентичен или сходен с предмета на поръчката“ следва се разбират:

1. оценка по справедлива или пазарна стойност на линейни проводни, като същите следва да бъдат с минимална дължина от 5 000 (пет хиляди) метра: на вътрешни и/или външни за населените места водопроводи и/или канализация и/или топлофикация и/или доставка на нефт и/или газ и/или техни производни;

2. оценка по справедлива или пазарна стойност на пречиствателни станции за отпадъчни води (ПСОВ) и/или на машини или съоръжения на малки и средни предприятия по смисъла на чл. 3, ал. 1 и 2 от ЗМСП, с изключение на микропредприятия по смисъла на чл. 3, ал. 3 от ЗМСП.“

От така заложените критерии за подбор се налага извод, че те са обусловени от характера на основните дейности, включени в предмета на обществената поръчка. В тази връзка фактът, че същият не е разделен на обособени позиции, възпрепятства потенциално заинтересованите икономически

оператори от изпълнението конкретно на допълнителните дейности да участват в процедурата.

УО на ОПОС не приема твърдението, изложено във възражението на бенефициера за наличие на хипотезата на обективно неделими части на предмета на обществената поръчка по смисъла на чл. 11, ал. 6 от ЗОП. Съгласно легалната дефиниция в § 2, т. 28 от ДР на ЗОП, „обективно неделими части“ са части от предмета на обществената поръчка, които поради своето естество не могат да бъдат възложени на повече от един изпълнител. В конкретния случай съгласно техническата спецификация в обхвата на дейност 3, са включени: организация на кръгла маса; наем на подходяща зала, озвучаване и оборудване; храна и кафе-паузи; настаняване (една нощувка в единична стая в хотел минимум 3 звезди), дневни и транспортни разходи, свързани с участието в кръгла маса (ако е приложимо) за максимум 35 участника; разработка и печат на материали за участниците; изготвяне на публикация на български език и осигуряване на публикуването ѝ в едно печатно и едно онлайн издание, както и превод на английски език на финалния вариант на публикуваната статия. Изложените допълнителни дейности по своето естество не са сходни и еднородни с основните дейности, включени в предмета на обществената поръчка. Задължението на изпълнителя да представи резултатите от изпълнение на основните дейности не е еквивалентно с дейностите по популяризиране и организация на конкретните публични събития. Същите биха могли да бъдат изпълнени със съответното качество и от икономическите оператори, които предоставят тези услуги, като в тази връзка не е релевантен аргументът на бенефициера за наличие на риск от непостигане на целения резултат. Обезпечаването на конкурентна среда чрез разделяне на предмета на обществената поръчка на обособени позиции е обосновано и в съответствие с оглед интереса на самия възложител (Решение № 6061 от 20.06.2022 г. на ВАС по адм. д. № 607/2022 г., VII о.).

По делото е приета административната преписка в електронен вид на съответен носител на електронни данни (флаш памет).

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

Жалбата е процесуално допустима - подадена е от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който по своята същност е индивидуален административен акт, с който пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с

този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Съгласно § 5, т. 4 от ДР на ЗУСЕФСУ, доколкото друго не е предвидено в приложимото за тях европейско законодателство и в сключените между държавите договори, ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Република България, този закон се прилага и за финансовата подкрепа по програмите за европейско териториално сътрудничество, като органите за управление и националните органи осъществяват правомощия по администрирането на нередности и извършването на финансови корекции по реда на глава пета, раздел III, и при извършване на финансови корекции прилагат категориите нередности и минималните и максималните стойности на процентните показатели, определени в ЗУСЕФСУ и с акта по чл. 70, ал. 2.

По силата на чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕФСУ (до 01.07.2022 г. – ЕСИФ) може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция. Административната мярка се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта – чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ.

Съгласно чл. 7, ал. 1, т. 2, предл. 2 от ЗУСЕФСУ, органът на изпълнителната власт, отговорен за управлението на средствата от ЕФСУ, е министърът, отговарящ за цялостната организация, координация и контрол на системата за управление на средствата от ЕФСУ. По силата на чл. 9, ал. 1 и ал. 4 от ЗУСЕФСУ органи за управление и контрол на средствата от ЕФСУ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, които се създават като звено в администрация по реда на Закона за администрацията, или Закона за местното самоуправление и местната администрация, или като отделна администрация. Доколкото това е приложимо съгласно правото на Европейския съюз, функциите на такъв орган може да се предоставят за изпълнение и от друг орган или организация. В чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ е посочено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган. Съгласно чл. 33, ал. 2 от Устройствения правилник на Министерство на околната среда и водите, Главна дирекция "Оперативна програма "Околна среда" изпълнява функциите на управляващ орган на програмите за околна среда, които се финансират чрез фондовете на ЕС по съответната Многогодишна финансова рамка, и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на ЕС. Дирекцията се ръководите от главен директор. Главна дирекция "Оперативна програма

"Околна среда" се намира в структурата на МОСВ, следователно РУО на програмата е министърът на ОСВ, съгласно чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ. На основание чл. 9, ал. 5, изр. последно от с.з. със Заповед № РД-772 от 02.09.2024 г. на министъра на ОСВ и Заповед № РД-572 от 07.08.2023 г. на министъра на околната среда и водите, се оправомощава главният директор на Главна дирекция "Оперативна програма "Околна среда" Г. С. да изпълнява функциите на ръководител на УО на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 – 2020 г. Следователно административният акт е издаден от компетентен орган в кръга на предоставените му правомощия.

Оспореното решение е издадено в рамките на производство, образувано по сигнал с № 182 от Регистъра на сигналите за нередности в УО. Сигналът за нередност е по отношение на Договор за предоставяне на БФП с рег. № BG16M1OP002-1.001-0001-C02/10.02.2016 г. (Д-34-2/10.02.2016 г.) за проект „Подпомагане регионалното инвестиционно планиране на отрасъл ВиК“ с бенефициент Министерство на регионалното развитие и благоустройството.

В чл. 73, ал. 2 и ал. 3 ЗУСЕФСУ е уредена процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението по ал. 1 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. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициера доказателства и направените от него възражения. Както вече се посочи, за констатираните нарушения бенефициерът е уведомен с писмо на УО на ОПОС, връчено чрез ИСУН, и в срок е депозирал възражения, които са обсъдени в оспорваното решение на РУО на ОПОС.

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 подробно са описани допуснатите нарушения на конкретни разпоредби на националното законодателство, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираната нередност, основанието за определяне на финансовата корекция и нейният размер. Административният акт съдържа мотиви за посочената нередност, поради което отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление. Не се спори, че решението е подписано с квалифициран електронен подпис в ИСУН, като съгласно чл. 25, т. 2 от Регламент (ЕС) № 910/2014 квалифицираният електронен подпис има значението на саморъчен подпис.

Предвид изложеното съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „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 ЕФСУ. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (Ес) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими 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, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е 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 бенефициер 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. Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член, са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. Това 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 фондове при споделено управление (загл. изм. - дв, бр. 59 от 2024 г.), приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г.

Съдът следва да обсъди налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“ за всяко едно от твърдените нарушения, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна. Необходимо е да се извърши проверка дали е извършено твърдяното нарушение, чрез действие или бездействие, от страна на бенефициера и в случай че е извършено такова - има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. Трябва да се изследва и доколко е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата, респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и

обоснован от административния орган в проведеното административно производство по определяне и налагане на финансовата корекция. 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.

Съгласно 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.

Според 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. Видно от 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 документацията за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

В конкретния случай УО на ОПОС е установил противоправно поведение във връзка с обявлението и документацията за обществената поръчка, финансирана със средства по ОПОС 2014 - 2020, изразяващо се в немотивиране на неразделянето на поръчката на обособени позиции според вида на дейностите, предмет на поръчката.

В оспорения административен акт е установено едно нарушение при провеждане на открита процедура за възлагане на обществена поръчка, а именно на разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП, тъй като възложителят, макар и да е изпълнил задължението си по чл. 46, ал. 1 от ЗОП да изложи обосновка на решението си да не раздели поръчката на обособени позиции, то той е сторил това формално, без да вземе предвид обстоятелството, че по същество дейностите, които иска да бъдат изпълнени, са два вида и се различават по своето естество, от което следва и че кръгът от заинтересовани лица е различен. Това е така, тъй като лицата, които са способни да ги изпълнят, са с различна професионална компетентност. Така е нарушил задължението си за мотивиране на неразделянето на поръчката на обособени позиции според вида на доставките. Съгласно т. 3 от Приложение 1 от Наредбата за посочване на нередности е налице нередност, когато възложителят не е посочил основните причини за липса на разделяне на предмета на поръчката на обособени позиции съгласно изискванията на чл. 46, ал. 1 от ЗОП.

Предмет на процесната ОП е „Изготвяне на оценка на ВиК активи, публична държавна и публична общинска собственост”. Видно от обявлението и техническата спецификация, възложителят е посочил, че обществената поръчка: „има за цел да се изготви оценка на всички ВиК активи, представляващи публична собственост, които се стопанисват, поддържат и експлоатират от ВиК оператори, съгласно Приложение № 1 на база на унифицирани Инструкции за оценка на публични ВиК активи („Инструкциите“, Приложение №2). За всеки ВиК оператор на база на оценените активи следва да се онагледят възможното отражение върху цените на ВиК услугите в

съответната обособена територия чрез разработването на варианти за включване в ценообразуването на амортизационни отчисления от оценените активи“.

В Техническата спецификация като част от Дейност 3 (Оценка на публичните ВиК активи за всеки от етапите съгласно Техническата спецификация) е заложено, както следва:

3.4. Представяне на финалните резултати от изпълнението на предмета на поръчката. След съгласуване на финалните версии с Възложителя на оценителските доклади и Докладите, съдържащи анализ на влиянието на оценката на публични ВиК активи при формиране цените на ВиК услугите за съответните обособени територии, Изпълнителят следва да организира финална кръгла маса (1/2 ден) за минимум 50 участника с представители на заинтересованите страни: МРРБ, ВиК оператори, КЕВР, асоциациите по ВиК (АВиК), Министерството на околната среда и водите (МОСВ) и други, по преценка на Възложителя, на която се отчита цялостното изпълнение на дейностите. Финалната кръгла маса се организира в [населено място] (датата и мястото на събитието се съгласуват предварително с Възложителя). Всички разходи, свързани с организацията на финалната кръгла маса са за сметка на Изпълнителя, вкл.: идентифициране на потенциални участници и изготвяне на покани; наем на подходяща зала, озвучаване и оборудване; храна и кафе-паузи; настаняване (една нощувка в единична стая в хотел минимум 3 звезди), дневни и транспортни разходи, свързани с участието в кръгла маса (ако е приложимо) за максимум 35 участника; разработка и печат на материали за участниците.

Изпълнителят следва да документира провеждането на кръглата маса с присъствени списъци и подходящ снимков материал, както и да осигури необходимата визуализация при провеждане на събитието съгласно изискванията на ОПОС. Финалните варианти на присъствените списъци, материалите от кръглата маса, снимков материал и пр. следва да бъдат приложени към Окончателния доклад по договора на електронен носител.

3.5. Изготвяне на текст на една публикация на български език (статия в обем до 1000 думи) преди края на изпълнението на договора и осигуряване на публикуването ѝ в едно печатно и едно онлайн издание. Текстът на публикацията и предлаганите издания за тяхното публикуване се съгласуват предварително с Възложителя. Публикацията следва да е на нетехнически език и да синтезира основните резултати, постигнати в резултат на изпълнението на договора. Изпълнителят следва да осигури и превод на английски език на финалния вариант на публикуваната статия. Финалните варианти на публикацията (на български и английски език) следва да бъдат приложени към Окончателния доклад по договора на хартиен и електронен носител. Хартиеният носител следва да е копие от оригиналното хартиено издание, в което е публикувана статията и разпечатка от съответното онлайн издание.“

На следващо място, в обхвата на дейност 4 „Изготвяне на варианти за включване в ценообразуването на ВиК услугите за съответната обособена територия на амортизационни отчисления от оценените активи“, е включено:

4.2. Осъществяване на проучване и изготвяне на доклад с представяне на

опита на 3 (три) страни-членки на ЕС със сходно на България регулиране на ВиК услугите, при използването на пазарни съпоставки, индексирание, преоценки или други методи, с цел адекватно отразяване на необходимите амортизационни отчисления и разходите за поддръжка на активите. Форматът и съдържанието на доклада се съгласува предварително с Възложителя. Резултатите от дейност 4.2 следва да бъдат представени в рамките на финална кръгла маса по дейност 3.4.“

Разпоредбата на чл. 46, ал. 1 ЗОП предвижда при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят да прецени възможността за разделянето ѝ на обособени позиции, като законът го задължава при извод за нецелесъобразност на подобно решение да посочи своите съображения. Предоставената с цитираното правило оперативна самостоятелност обаче има своите граници и това са изискванията на чл. 2, ал. 2 ЗОП, които установяват недопустимост на ограничаването на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Същността на правилото, заложено в чл. 46 и в Директива 2004/18/ЕО (Директива 2014/24/ЕС/Директивата) е, че възлагащите органи могат да решат да възложат поръчка под формата на отделни обособени позиции и могат да определят размера и предмета на тези обособени позиции, като следва да посочат основните причини за решението да не разделят поръчката на обособени позиции. Тази разпоредба е приета в изпълнение на предвидената в съображение 78 от Директивата цел възлагането на обществени поръчки да е адаптирано към нуждите на малките и средни предприятия (МСП). В цитираното съображение изрично е посочено, че възлагащите органи следва да бъдат насърчавани да използват кодекса за най-добри практики, съдържащ се в работния документ на Комисията от 25 юни 2008 г. За тази цел и за засилването на конкуренцията възлагащите органи следва по-специално да се насърчават да разделят големите поръчки на обособени позиции. Видно е, че европейският законодател възприема като изключение обединяването на определена съвкупност от дейности, чиято поделяемост на количествен или качествен признак е възможна, като при проявлението му е необходимо излагането на мотиви за това. Очевидно е голямото значение, което институциите на ЕС придават на участието на малките и средните предприятия в обществените поръчки, и създадените гаранции за тяхното реализиране на пазара, една от които е именно вмененото задължение на възложителя за надлежна обосновка на неразделянето на обществената поръчка на обособени позиции. Неточното изпълнение на така предвидения императив резултира в затрудняване на малките и средните предприятия при тяхното участие в процедурата, респ. евентуалната възможност за изпълнение на договора в хипотеза на спечелена поръчка. А доколкото подобно ограничаване е императивно забранено и с текста на националната разпоредба на чл. 2, ал. 2 ЗОП, то преценката за спазване на чл. 46, ал. 1 с. 3. е пряко свързана с тази за правилното приложение на принципите, заложиени в цитираното правило.

В случая в Решение № РД-02-14-346/17.04.18 г. възложителят е посочил причини, които според него обуславят целесъобразността на решението за неразделяне на обществената поръчка на обособени позиции.

При така изяснената същност на правилата относно разделянето на обществените поръчки на обособени позиции и допустимите граници на тяхното законосъобразно упражняване, съдът намира, че в случая не се касае за нарушение на чл. 46 от ЗОП.

Разделянето на една поръчка на отделни обособени позиции е обвързано с характеристиките на съответния пазар и от същността на самата възлагана дейност, определени в техническото задание на поръчката. Относими характеристики на пазара, които предполагат общо възлагане на еднородни дейности, са например броят и видът на икономическите оператори на този пазар, рискът от зависимост от един-единствен доставчик и др. Конкретни параметри на предмета на поръчката, годни да повлияят на решението по чл. 46, ал. 1 ЗОП, биха могли да бъдат евентуални специфики на дейностите, в т.ч. по отношение на потребностите, които задоволяват, приложението и изпълнението им и др.

Предметът на процесната обществена поръчка, видно от техническото задание, приложено по делото и съставляващо част от утвърдената документация, касае избор на изпълнител за различни видове дейности, на които всички елементи, включени в техническата спецификация, са систематично взаимосвързани, поради което изводът на УО на ОПОС, че двата вида дейности се различават коренно по своето естество, кръгът от заинтересовани лица е различен за двете дейности, тъй като лицата, способни да ги изпълнят, са с различна компетентност, е неправилен.

Съдът намира, че в случая техническите спецификации не осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция, което е в нарушение на чл. 49 от ЗОП.

Според чл. 49, ал. 1 от ЗОП, техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция, която именно разпоредба съдът намира за нарушена в конкретния случай, а не чл. 46 ал. 1 от ЗОП. Следователно изложените в оспорения административен акт факти индикират нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП, а ответникът е дал неправилна правна квалификация на същите, вменявайки на жалбоподателя нарушение на чл. 46, ал. 1 от ЗОП.

Изискването в закона за мотивиране е императивно, като следва да се посочат причини, които да са адекватни на предмета на поръчката, при съобразяване на конкретния ѝ предмет и обем. Съдът обаче няма правомощие да преквалифицира извършеното нарушение на материалния закон. В заключение, съдът прави извода, че не е допуснато нарушение на чл. 46, ал. 1 по ЗОП от жалбоподателя, поради което така оспореният акт противоречи на материалния закон.

В допълнение на гореизложеното, настоящия състав намира, че към момента

на обявяване на процедурата за възлагане на обществената поръчка, на одобряване и публикуване на документацията за нея не е съществувал нормативен състав на нередност с посочената квалификация, а именно „липса на обосновка за неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“ по т. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Приложима в случая е редакцията на подзаконовия нормативен акт от ДВ. бр.27 от 31 Март 2017 г., в която липсва уредена такава нередност. Следователно основателни са възраженията на жалбоподателя, че към датата на обявяване на обществената поръчка и публикуване на документацията възложителят се е съобразил с действащата нормативна уредба, в която липсва нередност, квалифицирана като „липса на обосновка за неразделяне на предмета на поръчката на обособени позиции“. Дори и да се приеме наличието на нарушение на ЗОП, липсват останалите елементи от фактическия състав на нередността, поради което атакуваното решение за налагане на финансова корекция е незаконосъобразно поради противоречието му с материалния закон.

При така изложените съображения съдът намира, че оспореното решение на ръководителя на УО на ОПОС за определяне на финансова корекция по Договор № РД-02-29-310/05.09.2018 г., с изпълнител ДЗЗД „Дружество за оценка на ВиК активи“, на стойност 1 915 000 лв. без ДДС, с предмет: „Изготвяне на оценка на ВиК активи, публична държавна и публична общинска собственост“, е издадено в нарушение на материалния закон и на неговата цел и като незаконосъобразно следва да бъде отменено.

С оглед изхода на спора заявеното от процесуалния представител на жалбоподателя искане за присъждане на разноски се явява основателно, като своевременно направено, поради което същото следва да бъде уважено на основание чл. 143, ал. 1 от АПК. Съдът следва да осъди Министерство на околната среда и водите – юридическото лице, в чиято структура се намира органът – ответник, да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на общо 150 /сто и петдесет/ лева, определено на основание чл. 24 от Наредбата за заплащане на правната помощ, във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК, вр. с чл. 144 от АПК, както и 919 лв. за платена държавна такса.

Така мотивиран, Административен съд София-град, III-то отделение, 16-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ решение от 18.04.2024 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 - 2020, с което по отношение Министерство на регионалното развитие и благоустройството, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ, поради установена нередност при изпълнение на договор за безвъзмездна финансова помощ № Д-34-2/10.02.2016 г., сключен между МРРБ и РУО, по проект „Подпомагане регионалното инвестиционно планиране на отрасъл ВиК“, е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността от засегнатите от

нарушението и признати от УО на ОП „ОС“ за допустими за финансиране по ОП „ОС“ 2014 - 2020 разходи, представляващи средства по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, по договор № РД-02-29-310/05.09.2018 г., с изпълнител ДЗЗД „Дружество за оценка на ВиК активи“, на стойност 1 915 000 лв. без ДДС, с предмет: „Изготвяне на оценка на ВиК активи, публична държавна и публична общинска собственост“.

ОСЪЖДА Министерство на околната среда и водите да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството сумата от общо 1069,20 лева (хиляда шестдесет и девет лева и двадесет стотинки), представляваща разноси по делото.

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

СЪДИЯ: