

РЕШЕНИЕ

№ 2519

гр. София, 15.04.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 19.01.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Кристина Григорова, като разгледа дело номер **4417** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е с правно основание чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл.27, ал.1 от Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Същото е повторно, след отменително решение № 5712/18.05.2020 г. на ВАС, VII отд., по адм. дело № 7730/2019г., с което е обезсилено Решение №2752 от 22.04.2019 г. на Административен съд София-град, постановено по адм. дело №3390/2018 г., предвид обстоятелството, че съдът неправилно е приел, че акт № 0408-139 от 18.12.2012 г. е този, с който са наложени финансови корекции, произнесъл се е по съществуващото му и го е отменил, като делото е върнато за ново разглеждане от друг състав на същия съд, с указания при новото разглеждане на делото съдът да изложи мотиви по законосъобразността на посочения Акт № 99-00-6-4060 от 29.11.2012г., вкл. и относно сочените от органа нарушения на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки (НВМОП, отм.), ЗОП (отм.) , квалифицирането им по т.3 от Приложение 3 към чл.6 ал.2 на 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" (отм.) и размера на финансовата корекция по всяко от тях.

Първоначално производството е образувано като гражданско производство по искова

молба на СТОЛИЧНА ОБЩИНА, представлявана от Кмета на Общината- Й. Ф., чрез адв. Д. П. и адв. Г. С.. В хода на съдебното производство пред СГС влиза в сила Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (обн. в ДВ бр.101 от 22.12.2015г.). Съгласно чл.27 от ЗУСЕСИФ, оспорването на административните актове следва да бъде извършвано по реда на АПК.

Така настъпилата законодателна промяна е наложила Софийски градски съд съд, с решение от 09.09.2016г. да обезсили решението на СРС, постановено по гр.дело № 59526/2014г. по описа на съда, 66 състав и да изпрати делото по компетентност на Административен съд- София-град.

С определение № 717 от 30.01.2018г., постановено по адм.дело № 417 по описа за 2018г. на АССГ, 54-ти състав, съдът е прекратил производството по делото и е повдигнал спор за подсъдност между АССГ и СГС за разглеждане на делото пред смесен състав на ВКС и ВАС.

С Определение № 31 от 27.03.2018г. на петчленен смесен състав на ВКС и ВАС по адм. дело № 9/2018г. за компетентен да разгледа делото е определен Административен съд- София – град.

В тази връзка е и настоящото дело, по което със сезиращата съда искова молба - жалба в настоящото производство срещу Министерство на регионалното развитие и благоустройството, се иска да се осъди МРРБ да заплати на Столична Община сумата от 10 667,82 лв., представляваща неплатената безвъзмездна финансова помощ, дължима въз основа на договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG161PO001/4.2-01/2008/037 по проект „Подкрепа за междурегионално сътрудничество и обмен на най-добри практики между [населено място] и [населено място] в областта на туризма“, Оперативна програма „Регионално развитие“, представляваща сбора от финансови корекции, както следва: - 4 751, 40 лв. с ДДС, представляваща 5 % от разходите по договора № РД-55-57/BG BG161PO001/4.2-01/2008/037 –U-05 от 26.01.2010г. за „Организиране и провеждане на две обучения и кръгла маса“ с изпълнител [фирма]; - 1 394 лв. с ДДС, представляваща 5 % от разходите по договора № РД-55-594/02.09.2009г. за „Печатна подготовка и издаване на Стратегия за развитие на туризма на Столична община и брошури“ с изпълнител [фирма]; - 2 052 лева С ДДС, представляваща 5 % от разходите по договора № РД-55-570/24.08.2009г. за „Разработване на информационна система за обмен на данни в областта на туризма“ с изпълнител [фирма] и – 2 470 лева без ДДС, представляваща 5 % от разходите по договора № РД-55-573/26.01.2009г. за „Разработване на стратегия за развитие на туризма в Столична община“ с изпълнител [фирма], наложени с писмо изх. № 0408-139/18.12.2012г. на Главния директор и ръководител на УО на ОПРР. С оглед отменителното решение на ВАС по адм. дело № 7730/2019г., предмет на спора понастоящем е законосъобразността на писмо изх.№ 99-00-6-4060/29.11.2012г.на Главния директор,той и ръководител на УО на ОПРР- МРРБ.

В открито съдебно заседание процесуалният представител на ищеца поддържа исковата молба и моли същата да бъде уважена. Претендира разноски.

Ответникът, редовно призован, не се явява и представлява, като от представени при предходното разглеждане на делото и в инстанционната проверка становища, твърди неоснователност на жалбата.

От събраните по делото доказателства съдът установи следната фактическа обстановка:

Не се спори по делото, че Столична община е бенефициент по договор № BG161PO001/4.2-01/2008/037 от 10.04.2009г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ, сключен с „Министерство на регионалното развитие и благоустройството, Управляващ орган на Оперативна програма „Регионално развитие“ (ОПРР) – Главна дирекция „Програмиране на регионалното развитие“, представлявано от ръководителя на Управляващия орган, наричан Договарящ орган. Договорът има за предмет осъществяването на проект „Подкрепа за междурегионално сътрудничество и обмен на най-добри практики между [населено място] и [населено място] в областта на туризма“ по Оперативна програма „Регионално развитие“, и е на стойност 276 200, 00 лв. Договорът е със срок на изпълнение 18 месеца.

Предмет на договора е предоставянето на безвъзмездна финансова помощ от ответника /наричан в договора "договарящия орган"/ за изпълнение на проект "Подкрепа за международно сътрудничество и обмен на най-добри практики между С. и А. в областта на туризма". Основно задължение на ответника по договора е предоставянето на тази помощ съгласно условията на цитирания договор. Съгласно чл. 3 от договора, общият размер на допустимите разходи за изпълнение на проекта е в размер на 276 200 лева, като предоставяната от договарящия орган финансова помощ съставлява 100 % от общата стойност на проекта. По делото не е спорно обстоятелството, че договорът е сключен при Общи условия, според които, за да бъдат признати разходите по проекта, те следва да отговарят на изискванията, предвидени в Изисквания за кандидатстване по настоящата схема за финансиране и Постановление 245/09.10.2007 г. за приемане на детайлни правила за допустимост на разходи по ОПРР, съфинансирани от Европейския фонд за регионално развитие, финансова рамка 2007-2013 г.

Не се спори още, че в изпълнение на договора Столична Община е провела процедури за възлагане на обществени поръчки, завършили със сключени договори с изпълнители, както следва:

- Открит конкурс с предмет „Организиране и провеждане на две обучения и кръгла маса, с изпълнител [фирма];
- За избор на изпълнител по реда на чл. 2 ал. 1 т. 2 НВМОП за „Печатна подготовка и издаване на Стратегия за развитие на туризма на Столична Община и брошури", с изпълнител [фирма];
- За избор на изпълнител по реда на чл. 2 ал. 1 т. 2 НВМОП за „Разработване на информационна система за обмен на данни в областта на туризма", с изпълнител [фирма];
- За избор на изпълнител по реда на чл. 2 ал. 1 т. 2 НВМОП за „Разработване на стратегия за развитие на туризма в Столична Община", с изпълнител [фирма].

С акт. № 0408-139 от 18.12.2012 г. ръководителят на УО се е произнесъл по направеното от Столична община искане за окончателно плащане №BG161PO001-4.2.01-0033-C0001-M0006. Посочена е сумата, плащането на която е отказано, и причините за това. В точки от 4 до 7 в акта са отказани за плащане четири суми, както следва:

- по бюджетно перо 2.1. „Разходи за организиране на и/или участие в събития” – сума в размер на 3 959, 50 лв. и 791, 90 лв. ДДС, представляващи 5% от верифицираните средства по съответното бюджетно перо, съгласно нередност ОПРР/12/РР/378;
- по бюджетно перо 2.2.1. „Разработване на стратегия за развитие на туризма на

Столична община” – сума в размер на 2 470, 00 лв., представляващи 5% от верифицираните средства по съответното бюджетно перо, съгласно нередност ОПРР/12/РР/381;

- по бюджетно перо 2.2.2. „Създаване на информационна система за обмен на туристическа информация” - сума в размер на 1 710, 00 лв. и 342, 00 лв. ДДС, представляващи 5% от верифицираните средства по съответното бюджетно перо, съгласно нередност ОПРР/12/РР/380;

- по бюджетно перо 2.3. „Разходи за кампании за повишаване на информираността на населението” - сума в размер на 1 162, 02 лв. и 232, 40 лв. ДДС, представляващи 5% от верифицираните средства по съответното бюджетно перо, съгласно нередност ОПРР/12/РР/379.

Производството по налагане на финансовата корекция е започнало с изпратеното до Столична община писмо изх. № 99-00-6-5197 от 02.07.2012 г., с което на основание чл. 13 от МОФК (ред. ДВ бр. 3 от 11.01.2011 г., понастоящем отм.) ѝ е дадена възможност да представи в срок до 10 (десет) работни дни писмените си бележки и/или възражения за неналагане на корекции, както и писмени доказателства към тях с аргументация.

С това писмо Столична община е уведомена, че съгласно информация по получен сигнал за нередност №317, са извършени нарушения при изпълнение на сключения ДБФП при провеждането на четири обществени поръчки.

1. По отношение на открит конкурс по реда на Наредбата за възлагане на малки обществени поръчки (НВМОП, отм.) с предмет на поръчката „Организиране и провеждане на две обучения и кръгла маса” е посочено, че:

- В раздел Ш.2.2. от обявлението при прогнозна стойност на поръчката 84 000 лв. изискването е: „Годишният оборот на участника (фирмата или водещият член на консорциума) общо за предходните две години, които са финансово приключени, според приложени Годишни финансови отчети трябва да бъде не по-малко от 550 000 лв.

Прието е, че изискването за оборот общо за предходните две години е необосновано завишено. Липсват мотиви за поставянето му. Изискването е с дискриминационен характер. Нарушен е чл. 25, ал. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП, отм.). Посочено е, че общият оборот за всяка от разглежданите години не трябва да е по-висок от прогнозната стойност на поръчката, като изисканият оборот от сходни дейности за всяка от разглежданите години не би следвало да надхвърля 50 % от прогнозната стойност на поръчката.

Нарушението е класифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.)

- Изискването по т. „а” от раздел Ш.2.3.от обявлението към ключовите експерти са твърде общи, което е предпоставка за субективно отношение - например „много добри организационни, координационни и комуникационни умения”, „добри умения относно анализ и планиране”, „познаване на националния и международния туристически пазар”, за които не е ясно с какви документи се доказват, други изисквания към ключовите експерти са необосновани - например „управленски опит в страна членка на ЕС и/или в процес на присъединяване”, добри познания на законодателството на ЕС относно туризма” (за ключов експерт 2 „ Експерт по туризъм”). Прието е, че тези заложи изисквания към участниците са признак за субективно отношение, водещо до субективно оценяване от страна на комисията, като

предоставят неограничена свобода на комисията при точкуването. Горното би довело до необективност на класирането, а от там и до евентуални съмнения за манипулиран избор.

Нарушението е класифицирано като нередност по т. 4 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.)

- Показателят „В-техническа оценка" е оставен на експертната оценка на членовете на комисията. Той е разписан твърде общо. В Протокол на комисията РД-09-02- 402 от 18.12.2009 г. оценките по този показател са присъдени на участниците без ясни, конкретни и подробни мотиви, а разликите в оценките са такива, че оказват решително влияние върху комплексната оценка на всеки участник, според която е направено класирането.

Прието е, че с оглед разпоредбата на чл. 28, ал. 2 от ЗОП (отм.), методиката за оценка следва да съдържа точни указания за определяне на оценката и не е допустимо оценките на участниците да са присъдени без ясни, конкретни и подробни мотиви.

Нарушението е класифицирано като нередност по т. 4 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.)

2. По отношение на проведената процедура „Печатна подготовка и издаване на Стратегия за развитие на туризма на Столична община и брошури" по реда на чл. 2, ал. 1, т. 2 от НВМОП (отм.) за избор на изпълнител е посочено, че според заповедта на възложителя, поръчката за услугата е на стойност до 25 500 лв., но изискванията към оферентите са: доказване на оборот от сходни дейности за последните две финансови години от 400 000 лв. лв., както и участникът да притежава опит в резултат на изпълнени обществени поръчки по работа по мащабни национални кампании и проекти, финансирани от Европейския съюз (ЕС), по линия на оперативни програми, които са с туристическа насоченост.

3. По отношение на проведената процедура „Разработване на информационна система за обмен на данни в областта на туризма" е посочено, че според заповедта на възложителя поръчката за услугата е на стойност до 35 500 лв., но изискванията към оферентите са: доказване на минимален оборот от сходни дейности за последните две финансови години от 400 000 лв. лв., както и участникът да притежава опит в резултат на изпълнени обществени поръчки за създаване на информационни системи, част от проекти, финансирани от ЕС по работа по мащабни национални кампании и проекти, финансирани от ЕС.

4. По отношение на проведената процедура „Разработване на стратегия за развитие на туризма в Столична община" е посочено, че според заповедта на възложителя поръчката за услугата е на стойност до 49 800 лв., но изискванията към оферентите са: доказване на оборот за 2007 г. и 2008 г. от сходни дейности над 1 000 000 лв. за всяка от тях, както и участникът да е участвал в поне два проекта на стойност над 200 000 лв., финансирани от ЕС, които са с туристическа насоченост.

В писмото е посочено, че аналогично на изискването в проведения открит конкурс, в трите останали проведени обществени поръчки изискванията към оферентите за доказване на оборот от сходни дейности са необосновано завишени с оглед предмета и стойността на съответната възлагана услуга.

Що се отнася до изискванията в трите обществени поръчки за опит в резултат на изпълнени обществени поръчки по работа по мащабни национални кампании и проекти, финансирани от ЕС, по линия на оперативни програми, които са с туристическа насоченост; опит в резултат на изпълнени обществени поръчки за

създаване на информационни системи, част от проекти, финансирани от ЕС; по работа по мащабни национални кампании и проекти, финансирани от ЕС; участие в поне два проекта на стойност над 200 000 лв., финансирани от ЕС, които са с туристическа насоченост, то тези изисквания са необосновани, в противоречие на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25 ЗОП (отм.)

Нарушенията по втората, третата и четвъртата обществена поръчка са класифицирани като нередности по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал. 2 на МОФК (отм.). Посочено е също, че предвиденият размер на първоначалната финансова корекция по гореизброените точки е 10% от стойността на засегнатия договор, като този процент може да бъде намален до 5% в зависимост от тежестта на нарушението.

Във връзка с дадената възможност от Столична община е изпратено становище, вх. № 99-00-6-5197(1) от 25.07.2012 г., в което са изложени възражения за липса на нарушения.

С акт №99-00-6-4060 от 29.11.2012 г. ръководителят на УО на ОПРР е приел възраженията за неоснователни.

По отношение на проведения открит конкурс с предмет на поръчката „Организиране и провеждане на две обучения и кръгла маса" по реда на чл. 3, ал. 2 НВМОП (отм.) ръководителят на УО е потвърдил констатациите си. Посочил е, че изискването за общ оборот от 550 000 лв. при прогнозна стойност 84 000 лв. е необосновано завишено. Размерът на изисквания оборот е около 6.5 пъти над прогнозната стойност на обществената поръчка, като не е съобразен със сложността и обема на поръчката. Приел е, че е налице нарушение на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25, ал. 5 и 6 ЗОП (отм.) във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.).

По отношение на изискванията относно експертите, ръководителят на УО на ОПРР е посочил, че част от условията за ключовите експерти, напр. „добри умения относно анализ и планиране”, „много добри организационни, координационни и комуникационни умения”, е трудно да се предвиди с какви документи ще се доказват, което създава предпоставки за възникване на неясноти и субективизъм при оценяването. Посочил е, че необосновани по своя характер са изискванията за „управленски опит в страна членка на ЕС и/или в страни в процес на присъединяване към ЕС”, тъй като се ограничават от участие потенциални кандидати. Приел е, че е налице нарушение на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25, ал. 5 и 6 във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.).

По отношение на показателя техническа оценка е посочил, с оглед на приетото в Протокол № РД-09-02-402 от 18.12.2009 г., че становището на комисията за избор на изпълнител е формулирано общо и кратко и не е конкретизирано защо комисията счита, че офертата на спечелилия кандидат в най-голяма степен отговаря на изискванията на възложителя. Поради това е налице неяснота относно мотивите на комисията и се

създават условия за неравно третиране. Приел е, че е налице нарушение на чл. 2, ал. 1 ЗОП (отм.) във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.). Приел е, че за трите нарушения по обществената поръчка следва да бъде наложена финансова корекция от 5 %, които съответстват на тежестта на нарушенията. Размерът на корекцията е определен на 5 % от стойността на договора с изпълнител [фирма], като е посочена и конкретна стойност корекцията.

По отношение на трите процедури, проведени по реда на чл. 2, ал. 1, т. 2 НВМОП (отм.), органът е приел, че изискването за оборот от 400 000 лв. е необосновано завишено, тъй като не е съобразено с обема на обществените поръчки, с прогнозна стойност 25 500 лв. и 35 500 лв. Съгласно практиката изисквания специфичен оборот не би следвало да надхвърля 1, 5 до 2 пъти прогнозната стойност на поръчките, а в случая я надвишава над 10 пъти и представлява условие, ограничаващо достъпа на потенциални кандидати в обществените поръчки. Изискването за оборот за сходни дейности за третата процедура по НВМОП (отм.) за последните две финансови години от 1 000 000 лв. също е необосновано и многократно надхвърля допустимия обем от 1, 5 – 2 пъти, тъй като прогнозната стойност на поръчката е 49 800 лв.

Ограничително и необосновано за трите процедури е прието и условието за доказване на опит в резултат на изпълнени обществени поръчки от работа по мащабни национални кампании и проекти финансирани от ЕС, по линия на определени програми, които са с туристическа насоченост.

Приел е, че по трите обществени поръчки е налице нарушение на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25, ал. 5 и 6 във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.).

Органът е приел, че размера на финансовите корекции по трите процедури от 5 % съответства на тежестта на нарушенията. Размерът на корекциите е определен на 5 % от разходите по договорите с изпълнители [фирма] [фирма] и [фирма], като са посочени и конкретните стойности на корекциите.

Приел е, че нередните суми в общ размер на 10 667, 82 лв. не следва да се верифицират в искането за окончателно плащане № BG161PO001-4.2.01-0033-C0001-M0006.

Видно от изложеното, именно акт № 99-00-6-4060 от 29.11.2012 г. на ръководителя на УО на ОПРР е акта, който има правопораждащо действие и с който именно акт по отношение Столична община са наложени финансови корекции

Съдът, като обсъди събраните по делото доказателства, направените в жалбата оплаквания, доводите на страните и като извърши цялостна проверка на законосъобразността на оспорения административен акт на основание чл. 168, ал.1 във връзка с чл.146 от АПК, направи следните правни изводи:

Приложимата нормативна уредба към настоящия казус е ЗУСЕСИФ и приетите на основание чл. 7а ЗНА и чл. 98 от Регламент № 1083/2006 с ПМС № 134 от 5.07.2010 /ДВ бр. 53/2010, в сила от 13.07.2010 г./ - 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 на ЕС / в редакцията и приложима към издаване на оспорения акт- ПОСТАНОВЛЕНИЕ № 162 на МС от 17.06.2014 г. за изменение и допълнение на Методологията за определяне на финансови корекции, които се прилагат спрямо разходите, свързани с изпълнението на оперативните програми, съфинансирани от структурните инструменти на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за рибарство, приета с Постановление № 134 на Министерския съвет от 2010 г. (обн., ДВ, бр. 53 от 2010 г.; изм. и доп., бр. 3 от 2011 г. и бр. 65 от 2013 г.) и с ПМС 285/30.11.2009г., последно изменение ДВ бр.60 /22.07.2014г – Наредба за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове , инструменти и програми, съфинансирани от ЕС .

Законът за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ е приет и обнародан в ДВ, бр. 101 от 22.12.2015 г. Действително, на основание чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности, по смисъла на чл. 2, т. 36 и 38 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013, като в случаите на констатирани нередности, съгласно чл. 73, ал. 1 и ал. 4 от ЗУСЕСИФ, ръководителят на управляващия орган определя по основание и размер финансовата корекция с мотивирано решение, което може да се оспорва пред съд по реда на АПК.

По силата на § 10. ал. 1 от Преходните и заключителни разпоредби на ЗУСЕСИФ. започналите и недовършени до влизането в сила на този закон производства, се довършват по досегашния ред, а съгласно 2 от същия параграф, образуваните до влизането в сила на този закон съдебни производства по жалби срещу изявления за финансови корекции на ръководителя на управляващия орган се довършват по реда на чл. 27, ал. 1 и ал. 5 - 7. Независимо, че писмо изх. № 99-00-6-4060/29.11.2012г. на Главния директор и ръководител на УО на ОПРР, не е обжалвано и е

влязло в сила, като изключение е предвидена възможност да бъдат придадени правни последици на минали факти, т. е. последващ във времето закон да регламентира правни последици от факти, които са възникнали преди неговото влизане в сила. Съгласно чл. 14. ал. 1 от Закона за нормативните актове, обратна сила на нормативен акт може да се даде само по изключение, и то е изрична разпоредба. Тъй като такава не е предвидена, с изключение на § 10, ал. 2 от ЗУСЕСИВ за неприключили производства, законът се прилага само занапред, и не е критерий за преценка на законосъобразността на процесните определения и цитираното писмо на главния директор на ГД „ПРР“, издадени преди влизането му в сила.

В конкретния случай, макар правото на иск срещу акта за налагане на финансова корекция на Столична община, е упражнено пред граждански съд преди влизане в сила на ЗУСЕСИФ, с оглед на липсата на обратно действие на закона, е предмет на съдебен контрол пред административен съд. В този смисъл е и постановеното Определение № 31 от 27.03.2018г. на ВАС и ВКС – Смесен петчленен състав по адм. дело № 9/2018г..

Исковата молба е подадена в рамките на предвидения в закона давностен срок за погасяване на съответното вземане, който срок не е преклузивен, поради което е и допустима.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Към 29.11.2012г., когато е издадено писмо с изх. № 99-00-6-4060 от същата дата на главния директор и ръководител на УО на ОПРР, с което е наложена финансова корекция на жалбоподателя в размер на 10 667, 82 лв, Законът за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове не е действащо право, поради което преценката за законосъобразност на процесния административен акт следва да се извърши по правилата на АПК и относимите подзаконови нормативни актове. С оглед така очертаната нормативна уредба, съдът констатира, че оспореният акт е издаден от компетентен орган съгласно чл.13, ал.1, т.1 от Наредбата за определяне на процедурите за администриране на нередности по фондове, инструменти и програми, съфинансирани от Европейския съюз /Наредбата/, съгласно представеното писмено доказателство - заповед №РД-02-14-2017/04.10.2011г на МРРБ (л.25-26 от а.д.4417/2020г.) и в писмена форма, съгласно изискванията на чл.14, ал.1 от същата наредба Настоящият състав приема, че при издаването на акта не са допуснати съществени процесуални нарушения и материалният закон е приложен правилно.

По отношение на проведения открит конкурс с предмет на поръчката

„Организиране и провеждане на две обучения и кръгла маса" по реда на чл. 3, ал. 2 НВМОП (отм.) съдът намира, че изискването за общ оборот от 550 000 лв., при прогнозна стойност 84 000 лв., е необосновано завишено. Размера на изисквания оборот е около 6.5 пъти над прогнозната стойност на обществената поръчка, като не е съобразен със сложността и обема на поръчката. Правилно административният орган е приел, че е налице нарушение на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25, ал. 5 и 6 ЗОП (отм.) във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.)-прилагане на неправомерни критерии за подбор и възлагане.

По отношение на изискванията относно експертите, също са налице основания за квалифициране на поведението на бенефициера като нередност по смисъла на МОФК- отм., а именно част от условията за ключовите експерти, като напр. „добри умения относно анализ и планиране”, „много добри организационни, координационни и комуникационни умения” е трудно да се предвиди с какви документи ще се доказват, което създава предпоставки за възникване на неясноти и субективизъм при оценяването.

Правилни са изводите на административния орган и, че необосновани по своя характер са изискванията за „управленски опит в страна членка на ЕС и/или в страни в процес на присъединяване към ЕС”, тъй като така се ограничават от участие потенциални кандидати. Ето защо и настоящият състав намира, че е налице нарушение на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25, ал. 5 и 6 във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.).

По отношение на показателя техническа оценка правилна е констатацията на органа, с оглед на приетото в Протокол № РД-09-02-402 от 18.12.2009 г., че становището на комисията за избор на изпълнител е формулирано общо и кратко и не е конкретизирано защо комисията счита, че офертата на спечелилия кандидат в най-голяма степен отговаря на изискванията на възложителя. Поради това е налице неяснота относно мотивите на комисията и се създават условия за неравно третиране. Ето защо е налице нарушение на чл. 2, ал. 1 ЗОП (отм.) във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.).

При спазване на правилото за забрана за налагане на отделни санкции, за трите нарушения по обществената поръчка, законосъобразно е наложена една обща финансова корекция от 5 %, които съответстват на тежестта на нарушенията. Размерът на корекцията е определен на 5 % от стойността на договора с изпълнител [фирма], като е посочена и

конкретна стойност на корекцията.

По отношение на трите процедури, проведени по реда на чл. 2, ал. 1, т. 2 НВМОП (отм.), правилно е прието, че изискването за оборот от 400 000 лв. е необосновано завишено, тъй като не е съобразено с обема на обществените поръчки, с прогнозна стойност 25 500 лв. и 35 500 лв. Изисквания специфичен оборот не би следвало да надхвърля 1, 5 до 2 пъти прогнозната стойност на поръчките, а в случая я надвишава над 10 пъти и представлява условие, ограничаващо достъпа на потенциални кандидати в обществените поръчки.

Изискването за оборот за сходни дейности за третата процедура по НВМОП (отм.) за последните две финансови години от 1 000 000 лв. също е необосновано и многократно надхвърля допустимия обем от 1, 5 – 2 пъти, тъй като прогнозната стойност на поръчката е 49 800 лв.

Ограничително и необосновано за трите процедури е и условието за доказване на опит в резултат на изпълнени обществени поръчки от работа по мащабни национални кампании и проекти финансирани от ЕС, по линия на определени програми, които са с туристическа насоченост.

Според настоящият състав, по трите обществени поръчки, е налице нарушение на чл. 9 НВМОП (отм.) и чл. 25, ал. 5 и 6 във вр. с пар. 2 ПЗР на НВМОП (отм.), квалифицирано като нередност по т. 3 от Приложение № 3 към чл. 6, ал.2 на МОФК (отм.).

Правилна е преценката на органа, че размерът на финансовите корекции по трите процедури от 5 % съответства на тежестта на нарушенията. Размерът на корекциите е определен на 5 % от разходите по договорите с изпълнители [фирма] [фирма] и [фирма], като са посочени и конкретните стойности на корекциите.

Дефиниция на понятието „нередност“ се съдържа и в чл. 2, т. 7 от Регламент /ЕО/ № 1083/2006г /съответно чл. 2, т. 36 на Регламент № 1303/2013г на Европейския парламент и на Съвета, с който се отменя Регламент № 1303/ 2006г/, съгласно която „нередност“ е „Всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.”

Следователно при квалифицирането на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“, от обективна страна, следва да се вземат предвид три елемента:

1. доказано нарушение на разпоредба на съюзното право, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект/оператор/;
2. доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз,

като се отчете неоправдан/неправомерен разход в общия бюджет;

3. доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно разпоредбата на чл. 7 (Обн. - ДВ, бр. 53 от 2010 г., в сила от 13.07.2010 г.), ал. 1 от Методологията- отм., при определянето на финансовата корекция се вземат предвид характерът и сериозността на нередността от една страна и финансовите загуби на публични средства, до които е довело неспазването на националното законодателство и общностното право от друга.

Следва да се посочи, че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза, и в частност Регламент №1303/2013 г., поставят като изискване наличието единствено на реална вреда. 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 (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 (виж решение I. v C., C-199/03, EU:C:2005:548, т. 31; решение C. L'I., C-465/10, EU:C:2011:867, т. 47, решение F., C-59/14, EU:C:2015:660, т. 24; решение W rociaw, C-406/14, EU:C:2016:562, т. 44.).

Нарушението на свързаното с правото на Съюза национално право, което обективно е довело до нарушаване на принципите на равнопоставеност и недискриминация, винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако бенефициерът бе спазил изискването на закона, би могло в процедурата да участват и други кандидати, в това число и отстранените на това основание и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Това дава основание да се приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал установеното нарушение, общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-малки, а следователно и разходите на Съюза биха били по-малки.

Освен горното, следва да се посочи, че националният законодател е приел, че посочените в приложението към чл. 6, ал. 2 от МОФК/отм./ нарушения на Закона за обществените поръчки винаги създават възможност за вреда на бюджета на Съюза. С оглед на това

тогава, когато съответното нарушение на Закона за обществените поръчки попада в някоя от категорията нарушения от приложението към чл. 6, ал. 1 от МОФК/отм./ е налице вреда на бюджета на Съюза и с оглед на това следва да се определи финансова корекция. В случая органът приел, че установените нарушения попадат в категорията нарушения по т. 3 от приложението към чл. 6, ал. 2 от МОФК/отм./ Точка 3 се изразява в прилагането на неправомерни критерии за подбор и възлагане, които дават предимство на един от кандидатите или необосновано ограничават кръга на потенциалните участници в процедурата, като размерът на финансовата корекция е 10 % от стойността на договора, като може да бъде намалена на 5% в зависимост от тежестта на нарушението, което значи, че установеното нарушение може да нанесе вреда на бюджета на Съюза.

Изложеното установява осъществяването и на третия елемент на фактическия състав на нередността.

За да е законосъобразна, финансовата корекция трябва да бъде определена не само по основание, но и по размер. Основанието, видно от горното, е допуснатото от възложителя нарушение на Закона за обществените поръчки, който е национално право, свързано с правото на Съюза, и възможността да бъде нанесена вреда на бюджета на Съюза. Размерът на финансовата корекция следва да бъде определен в съответствие с разпоредбите на чл. 72 ЗУСЕСИФ.

Тъй като в случая не е възможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ размерът на финансовата корекция следва да бъде определен по пропорционалния метод.

За да е законосъобразно определен размера на финансовата корекция е необходимо органът да е спазил чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ и да е определил размер в съответствие с установеното в приложението към чл. 6, ал. 2 от МОФК/отм./.

а) Процентно съотношение:

Процентното съотношение, с оглед на чл. 72, ал. 1 във вр. с ал. 3 и 4 ЗУСЕСИФ ще е законосъобразно ако органът е определил размера му в рамките, установени от законодателя на основание чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ, т.е. в приложението към чл. 6, ал. 2 от МОФК/отм./, и при спазване на разпоредбата на чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ. За нарушението на т. 3 от приложението към чл. 6, ал. 2 от МОФК/отм./ законодателят е определил 10% финансова корекция с възможност за намаляване до 5 %. Правилно е приложена формулата по чл. 10 ал. 3 от МОФК/отм./, като са взети предвид и броя на нарушенията, а

също така забраната за кумилиране на финансови корекции.

С оглед на всичко изложено съдът намира, че оспореният административен акт е издаден в съответствие с приложимия материален закон и жалбата срещу него подлежи на отхвърляне.

При липса на заявено искане за разноски от ответника такива не се присъждат.

Воден от гореизложеното и на основание чл.172, ал.2, предл.2 от АПК, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата (исковата молба) на **СТОЛИЧНА ОБЩИНА** против писмо изх. № 99-00-6-4060/29.11.2012г. на Главния директор и ръководител на УО на ОПРР, с което на **СТОЛИЧНА ОБЩИНА** са наложени четири финансови корекции в общ размер на 10 667, 82 лв., като сбор от финансови корекции, както следва: - 4 751, 40 лв. с ДДС, представляваща 5 % от разходите по договор № РД-55-57/ВГ ВГ161РО001/4.2-01/2008/037 –U-05 от 26.01.2010г. за „Организиране и провеждане на две обучения и кръгла маса“ с изпълнител [фирма]; - 1 394 лв. с ДДС; представляваща 5 % от разходите по договор № РД-55-594/02.09.2009г. за „Печатна подготовка и издаване на Стратегия за развитие на туризма на Столична община и брошури“ с изпълнител [фирма]; - 2 052 лева с ДДС, представляващи 5 % от разходите по договор № РД-55-570/24.08.2009г. за „Разработване на информационна система за обмен на данни в областта на туризма“ с изпълнител [фирма]; както и – 2 470 лева без ДДС, представляващи 5 % от разходите по договор № РД-55-573/26.01.2009г. за „Разработване на стратегия за развитие на туризма в Столична община“ с изпълнител [фирма].

Решението подлежи на касационно обжалване пред Върховен административен съд на Република България в четиринадесетдневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: