

РЕШЕНИЕ

№ 509

гр. София, 18.01.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 8 състав, в
публично заседание на 18.10.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Деница Митрова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **6648** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал.2 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕГСУ) вр. с чл. 145 и сл. от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по повод на жалба, вх. № 26198 от 12.07.2023 г. по описа на Административен съд – София град и вх. № Ж-125 от 06.07.2023 г. по описа на Министерство на околната среда и водите (МОСВ), подадена от Столична община, представлявана от кмета на Столична община, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], чрез главен юрисконсулт П. Б., с адрес [населено място], [улица] срещу Решение № N-121 от 23.06.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 – 2020 г. (ОПОС), което е определена на бенефициента Столична община финансова корекция в размер на 9 787,82 лв., представляваща максимално възможната стойност на дейностите, подробно описани в мотивите на административния акт, които изпълнителят по договора между жалбоподателя и „Софекострой“ ЕАД не може да изпълнява и които последният е превъзложил на трети лица – подизпълнители.

С жалбата се иска съдът да отмени като незаконосъобразно Решение № N-121 от 23.06.2023 г. от изложеното в нея става ясно, без да е изрично посочено, че оспорваният намира обжалвания административен акт като издаден при неправилно приложение на материалния закон и при допуснати процесуални нарушения, изразяващи се в необсъждане възражението му. Подробно е описана цялата процедура по сключване на административния договор за предоставяне на

безвъзмездна финансова помощ по ОПОС 2014 – 2020. Изложени са съображения по отношение договора между СО и „Софекострой“ ЕАД и този между „Софекострой“ ЕАД и „Вива – Метал“ ООД. В хода на съдебното обжалване, жалбоподателят редовно призован, не се явява, представлява се от юрк. Б., който поддържа жалбата, предлага да се уважи и претендира разноски.

Ответникът, ръководител на УО на ОПОС 2014 – 2020, редовно призован, не се явява, представлява се от юрк. К., който оспорва жалбата, предлага да се отхвърли като неоснователна и претендира юрисконсултско възнаграждение в размер на 360 лв. по Наредбата за правната помощ.

Административен съд София град, като обсъди доводите на страните и събраните по делото писмени доказателства, приема за установена следната фактическа обстановка: Жалбоподателят, СО, е сключил административен договор № Д – 34- 21 от 04.04.2019 г. с Р. на ОПОС 2014 – 2020 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по оперативна програма „Околна среда 2014 – 2020 г.“, съфинансиран от Европейския фонд за регионално развитие и Кохезионния фонд на Европейския съюз по процедура чрез директно предоставяне BG16M1OP002-5.003 „Мерки за подобряване качеството на атмосферния въздух“ на конкретен бенефициент Столична община, за изпълнение на проект ИСУН № BG16M1OP002-5.003-0001 “Подобряване на атмосферния въздух в Столична община чрез подмяна на отоплителни устройства на твърдо гориво с екологични алтернативи“ (л. 189 – 190).

В изпълнение на писмо № СОА20-НЦ62-1045/28 от 26.06.2021 г. жалбоподателят сключва Договор със „Софекострой“ ЕАД (л. 22 – 31) на 13.07.2021 г. при условията на чл. 14, ал.1, т. 5 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Предметът на този договор се изразява в пет позиции, както следва: 1. Демонтиране, изнасяне и натоварване на отоплителни устройства на дърва/въглища и прилежащи елементи към тях от имотите, в които ще бъдат подменени отоплителни устройства;

2. Транспортиране на демонтираните отоплителни устройства у прилежащите им елементи от лице, притежаващо необходимия документ по чл. 35 от ЗУО, до площадка с необходимите документи по ЗУО за съхраняване и оползотворяване на отпадъци с код R12 и R13 от Приложение № 2 към §1, т. 13 от ЗУО, на база сключен договор (чл. 8 от ЗУО);

3. Претегляне на кантар на доставените демонтирани отоплителни устройства и разтоварване на площадката;

4. Последващо третиране – разкомплектоване, отстраняване на вредни вещества, разделяне на доставените отоплителни устройства на съставните им части и сортиране на получените метални отпадъци по вид, наименование и код съгласно Наредба № 2 за класификация на отпадъците, като се отделят по видове черни метали (желязо тънко, желязо дебело, чугун) и други отпадъци (включително смеси от материали);

5. Претегляне и съхранение на получените метални отпадъци с цел последващо оползотворяване от лице, притежаващо необходимия документ по чл. 35 от ЗУО за извършване на съответната дейност с отпадъци, за дейност с код R4 „Рециклиране/възстановяване на метали и метални съединения“, съгласно Приложение № 2 към §1, т.13 от ЗУО.

„Софекострой“ ЕАД (възложител) е сключил договор рег. ВУ-405 от 21.09.2021 г. с „ВИВА_МЕТАЛ“ ООД (изпълнител)(л. 32-35), със следния предмет: „1. Приемане на отпадък/демонтирани отоплителни устройства/от с КОД 20 01 40 – метали за количество до 385,044 тона посочено в Приложение 1 – неразделна част от настоящия

договор, за последващо третиране – разкомплектоване, отстраняване на вредни вещества съхраняване на отпадъци с код R12 и R13 от Приложение № 2 към §1, т.13 от ЗУО, на база сключен договор (чл. 8 от ЗУО); 2. Установяване на действително количество на приетите отпадъци чрез претегляне на кантар, след което се отразява в отчетна книга по образец Приложение № 4 от Наредба № 1 за реда и образците, по които се предоставя информация за дейностите по отпадъците, както и реда за водене на публични регистри, водена на обекта; 3. Последващо третиране на отпадъка – разкомплектоване, отстраняване на вредни вещества, разделяне на доставените отоплителни устройства на съставните им части и сортиране по получените метални отпадъци по вид, наименование и код съгласно Наредба № 2 за класификация на отпадъците, като се отделят по видове черни метали (желязо тънко, желязо дебело, чугун) – 19 12 02, цветни метали – 19 12 03 и други отпадъци (включително смеси от метали) – 19 12 12; и т. 4 Съхранение на получените метални отпадъци с цел последващо оползотворяване от лице, притежаващо необходимия документ по чл. 35 ЗУО за извършване на съответната дейност с отпадъци с код R4 “Рециклиране/възстановяване на метали и метални съединения“, съгласно Приложение № 2 към § 1, т. 13 от ЗУО.“.

Във връзка с получен сигнал за нередност № 1157 до жалбоподателя е изпратено писмо изх. № 5-003-0001-4-117 от 03.04.2023 г. от Р. на ОПОС (л. 239 – 243) за констатирано нарушение на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП., което представлява „нередност“ по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, т. к. са налице всички елементи от фактическия ѝ състав. Посочено е, че за установената нередност следва да се наложи финансова корекция по реда на т. 1, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, която е равна на стойността на дейностите, които изпълнителя по договора между Столична община и „Софекострой“ ЕАД не може да изпълнява и които последният е превъзложил на трети лица – подизпълнители, представляващи поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор в размер на 9 787,82 лв. Писмото е връчено на оспорващия на 03.04.2023 г. и той е депозирал възражение (л. 246 – 248) на 12.04.2023 г.

В хода на съдебното производство са приети като писмени доказателства по делото представените с жалбата и административната преписка писмени документи.

При така установената фактическа обстановка Административен съд София град, 8 –ми състав направи следните правни изводи:

Оспореното решение е връчено по електронен път на 26.06.2023 г. на жалбоподателя, видно от приетата по делото комуникация (л. 255-256), жалбата е подадена на 06.07.2023 г. чрез административния орган в срока по чл. 146, ал. 1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

Разгледана по същество е НЕОСНОВАТЕЛНА.

Съобразно разпоредбата на чл. 168, ал. 1 от АПК, съдът преценява законосъобразността на оспорения административен акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

В случая при налагане на финансовата корекция са спазени процесуалните изисквания на закона и не са допуснати съществени процесуални нарушения, които да са довели до нарушаване правото на защита на дружеството-жалбоподател, а от там и до незаконосъобразност на наложената финансова корекция.

Правното основание, на което е издадено оспорваното решение е чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и т. 1, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за

посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ.

Със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) (ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския 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. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). Ето защо за настоящото съдебно производство, доколкото същото е с предмет административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконовни нормативни актове.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган определя финансова корекция по основание и размер с мотивирано решение. По смисъла на 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: 9. 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. От цитираната норма следва изводът, че, за да се обосноват основанията по този текст, то трябва да бъде посочена правната връзка с разпоредба на глава четвърта на закона, която изрично да посочва кое правило за поведение не е било изпълнено или нарушено.

В процесното решение е посочената като нарушена норма на чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП. Съгласно тази разпоредба Публичните възложители не прилагат закона при обществени поръчки, които се възлагат от публичен възложител, включително когато извършва секторна дейност, на юридическо лице, ако са изпълнени едновременно следните условия:

- а) възложителят да упражнява върху юридическото лице контрол, подобен на този, който упражнява върху собствените си структурни звена;
- б) повече от 80 на сто от дейността на юридическото лице да е формирана от изпълнението на дейности, възложени от възложителя или негови обособени структури или от други юридически лица, контролирани от възложителя;
- в) в юридическото лице – изпълнител, да няма пряко частно капиталово участие; по

изключение се допуска пряко частно капиталово участие, когато такова се изисква от разпоредби на националното законодателство, в съответствие с ДЕС и ДФЕС, и то не е свързано с контролни или блокиращи правомощия и не оказва решаващо влияние върху дейността на юридическото лице.

Между страните не се спори, че са изпълнени посочените изисквания, които подробно са изследвани в писмото на Р. на ОПОС, с което уведомява жалбоподателя за регистрирания сигнал, поради което настоящият съдебен състав няма да се спира на тях.

Не е спорно, същото така и че е избран този път на сключване на договор между СО и „Софекострой“ ЕАД, тъй като чл. 20., ал.1, т. 1, б.„б“ от ЗОП (редакция в сила към датата на сключване на договора) предвижда, че възложителите прилагат открита процедура по чл. 18, ал.1, т. 1 от ЗОП, когато обществената поръчка за услуга е с прогнозна стойност по – голяма или равна на 271 000 лв. без ДДС.

Нарушението е квалифицирано като нередност, разписана в т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017, за което в условията на чл. 8, ал.1 от Наредбата е определена финансова корекция в размер на 100% върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране на ОПОС 2014-2020 разходи, по отношение на дейностите, които изпълнителят по договора „Софекострой“ ЕАД не може да изпълнява и които последният е превъзложил на трети лица – подизпълнители, представляващи средства по ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ/ЗУСЕФСУ, на стойност 9 787,32 лв. без ДДС.

Решението на ръководителя на УО на ОП ОПОС за определяне на финансови корекции е издадено след като Управляващият орган е дал възможност на бенефициента за възражения по основателността и размера на предложените финансови корекции, което производство е започнало с писмо до бенефициента. В законоустановения срок бенефициентът е представил своите възражения по основателността и размера на финансовите корекции. След разглеждане и анализ на представените възражения УО не приел твърденията на бенефициента, като в мотивите на издадено решение е обсъдил представените от бенефициента възражения и е изложил подробни и обосновани аргументи за неприемане на всяко от твърденията във възражението.

Спорът между страните се свежда до това дали след възлагането/сключването на договора между СО и „Софекострой“ ЕАД, дружеството има право да превъзложи определените с контракта дейности на подизпълнител.

Както ответникът, така и настоящият съдебен състав установя, че предметът на договора между СО и „Софекострой“ ЕАД и договорът на „Софекострой“ ЕАД и „Вива – Метал“ ООД е идентичен, описан в обстоятелствената част на съдебния акт.

В хода на съдебното производство оспорващият не опроверга констатациите на Р. на ОПОС, че контролираното дружество – „Софекострой“ ЕАД има само право да извършва самостоятелно дейности по транспортиране (събиране и транспортиране) на отпадъци по шосе, а последващото третиране на отпадъци да се извършва въз основа на писмен договор с лице, което притежава документ по чл. 35 ЗУО за дейности по третиране на отпадъци. Жалбоподателят не ангажира писмени доказателства и не твърди обратното, че

изпълнителят „Софекострой“ ЕАД не е регистриран и няма разрешение за извършване на дейността третиране на отпадъци, включваща разкомплектоване, отстраняване на вредни вещества, разделяне на съставни части и съхранение. Нещо повече, оспорващият не отрича, че „Софекострой“ ЕАД към момента на подписване на договора не е имало право да извършва всички дейности от предмета на договора, а именно последващо третиране и съхранение на отпадъците.

Именно невъзможността на „Софекострой“ ЕАД да изпълни целия предмет на сключения договор със Столична община е квалифицирана като нарушение на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП. Националната съдебна практика не е богата по отношение на тази разпоредба на Закона за обществените поръчки, но от наличната такава – решение № 6778 от 22.06.2023 г., постановено по адм.дело № 11429 по описа за 2022 г. на ВАС, Седмо отделение, решение № 11454 от 11.11.2021 г., постановено по адм.дело № 5998 по описа за 2021 г. на ВАС, Седмо отделение, решение № 4730 от 14.04.2021 г., постановено по адм.дело № 13025 по описа за 2020 г. на ВАС, Седмо отделение, решение № 22 от 04.01.2021 г., постановено по адм.дело № 7895 по описа за 2020 г. на ВАС, Седмо отделение и други, в които се посочва, че строго регламентирана дейност (в нейния пълен обем) може да се възложи на юридическо лице по чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП.

От практиката на Съда на ЕС се установява, че основната цел на нормите на правото на Съюза относно обществените поръчки е осигуряването на ненарушена конкуренция във всички държави членки в областта на изпълнението на строителство, доставянето на стоки и предоставянето на услуги, което предполага задължение за всеки възлагащ орган да прилага релевантните норми на правото на Съюза, когато са изпълнени предвидените в това право условия (вж. в този смисъл решение Stadt Halle и RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, точка 44). Поради което, при превъзлагане на дейностите по in-house възлагането, клаузата за прилагане на основанието по чл. 14, ал. 1, т. 5 от ЗОП не е налице, т.е. възложителят не е използвал за изпълнение на поръчката собствените си ресурси.

Самите in-house процедури се регламентират в Закона за обществените поръчки и Директива 2014/24/ЕС чрез разписаните в тях изключения. За прилагане на цитирания ред, възлагащият орган следва да разполага с нужния капацитет да изпълни сам в цялост възложените дейности. В противен случай, ако изпълнителят прехвърли осъществяване на дейностите или част от тях, предмет на договора на друго лице, последното във всички случаи се счита за прикрито „превъзлагане“ на обществена поръчка. Установени „превъзлагания“ са недопустими, тъй като влекат след себе си резултат - заобикаляне на правилата на ЗОП и цитираната Директива за провеждане, съответното

възлагане/процедура, както и нарушаване на принципите за публичност и прозрачност и ограничаване на конкуренцията. Нещо повече и двете страни се позовават на точка 79 от Заключението на Генералния адвокат по дело С – 567/15 на Съда на ЕС, в което се казва, че „...възлагащият орган може да използва изпълнителни структури в описаните по-горе граници, на които да възлага определени задачи, които по принцип би трябвало да са предмет на процедура за възлагане на обществена поръчка, но биват освободени от нея. От юридическа гледна точка, с оглед практиката на Съда (а понастоящем, на член 12, параграф 1 от Директива 2014/24) това изключение само по себе си не е спорно. Когато обаче изпълнителните структури от своя страна не разполагат с необходимите средства, с които сами да изпълнят поръчките на възлагащия орган, и са принудени да се обърнат към трети лица, за да се снабдят с тях, правните основания за прилагането на изключението in house престават да съществуват и на практика се стига до едно прикрито (под)възлагане на обществена поръчка, при което възлагащият орган придобива чрез посредник (изпълнителната организация) стоки и услуги от трети лица, без да се подчинява на директивите, от които би следвало да се ръководи това възлагане.“. Това цитиране подкрепя твърденията на ответника и същото следва да се разглежда в унисон с отговора на съда, даден по Дело С – 567/15 на СЕС.

С оглед горното, Р. на ОПОС правилно е достигнал до извода, че констатираните нарушения осъществяват състав на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г., тъй като: - нарушението произтича от действие на бенефициента Столична община, което се явява икономически оператор, по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент (ЕС) №1303/2013 г.; -нарушена е конкретна национална норма, свързана е правото на Съюза, в областта на възлагане на обществените поръчки и нарушението има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза. Дейностите в рамките на ЕСИФ и операциите, които те подкрепят, следва да са в съответствие с приложимото право на Съюза и свързаното е него национално право, е което пряко или косвено се изпълняват разпоредбите на Регламент (ЕС) №1303/2013 г. и правилата за отделните фондове.

По своята същност допуснатото нарушение представлява нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки и същото правилно е определено като нередност по т. 1, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, тъй като жалбоподателят неправилно е сключил in house договор със „Софкострой“ ЕАД в отклонение на чл. 14, ал.1, т. 5 от ЗОП, вместо да публикува обявление за обществената поръчка. Нормативно определен е показателят на корекцията – 100%, поради което същият не подлежи на преценка при определяне размера на финансовото ѝ изражение.

Предвид изложеното оспореното решение се явява издадено от компетентен орган, при спазване на установената форма, без да е допуснато съществено нарушение на административнопроизводствени правила, в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на закона, поради което жалбата срещу него следва да се отхвърли.

При този изход на спора и на основание чл. 143, ал.3 от АПК, във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ, вр. с чл. 24, изр. 2 от Наредбата за заплащането на правната помощ, на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение в размер на 360 лева, тъй като липсва възражение за прекомерност.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2, Административен съд София- град, III-то отделение, 8 - ми състав

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК] срещу Решение № N-121 от 23.06.2023 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 – 2020 г.

ОСЪЖДА Столична община, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК] да заплати на Министерство на околната среда и водите сумата в размер на 360 /триста и шестдесет/ лева, представляваща разноски за съдебно производство.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14 дневен срок от съобщението.

СЪДИЯ: