

РЕШЕНИЕ

№ 5865

гр. София, 27.10.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,
в публично заседание на 24.09.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Атанас Николов

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **3866** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на [фирма] с ЕИК[ЕИК] срещу Решение №РД-16-285/27.03.2020г. на Директора на ГД „ЕФК“, с което на бенефициента [фирма] за нарушение на чл. 70 ал.1 т.1 от ЗУСЕСИФ е определена финансова корекция в размер на 14 938.26 лв. В жалбата се излагат подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при нарушение на материалния закон, необосновано и несъобразено с целта на закона. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят, редовно призован се представлява от юрк. Л., която поддържа жалбата на сочените основания. Претендира разноски за юрисконслтско възнаграждение.

Ответникът - Ръководителя на УО на ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020 г. /ОПИК/ чрез юриск. С. поддържа първоначално заявеното становище за неоснователност на жалбата.

По фактите.

При извършена проверка за законосъобразност на процедурата по възлагане на

обществена поръчка с предмет:”И. с предмет: проектиране, доставка, монтаж и въвеждане в експлоатация на нова дифузорна система на биобасейните в С. К.” и сключения в резултат на нея договор №8334 от 29.07.2019г. С изпълнител [фирма] на стойност 633 922.56 лв. без ДДС по административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ №BG16RFOP002-3.002-0135-C01 с бенефициент [фирма], по процедура за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG16RFOP002-3.002 “Повишаване на енергийната ефективност в големи предприятия” по оперативна програма “Иновации и конкурентноспособност” 2014-2020 ОПИК, УО е установил следното:

Съгласно раздел III.1.3. От Обявлението за откриване на обществената поръчка, наименован “технически и професионални възможности” :

“1. Участниците следва през последните 5 години , считано от датата на подаване на офертата да са изпълнили дейности с предмет идентичен или сходен с предмета на поръчката. Под такива дейности се разбира изпълнение на дейности, свързани с изграждане на аерационни системи с дискови дифузори.

2. Участниците следва да имат опит в проектирането, като през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, трябва да са изпълнили услуги с предмет идентичен или сходен с предмета на поръчката. Под такива услуги се разбира проектиране на аерационни системи с дискови дифузори.

3. Участникът трябва да разполага с екип от проектанти, за всички проектни части, необходими за изпълнение на проекта, притежаващи пълна проектната правоспособност. Същите следва да имат опит в проектиране на дейности, идентични или сходни с посочените в настоящата обществена поръчка, изпълнени през последните три години, считано от датата на подаване на офертите. Под сходни дейности, следва да се разбират дейности по проектиране на аерационни системи с дискови дифузори.”

УО приема, че във връзка с така поставените пред участниците в ОП технически и професионални изисквания, от страна на жалбоподателя били извършени нарушения по чл.49, ал.2, т.1 от ЗУСЕСИФ, изразяващи се във въвеждането на неправомерни критерии за подбор по отношение на опита на участниците, както и по отношение вида и опита на експертите.

1. Относно опита на участниците, твърдяното от УО нарушение е по чл.2, ал.2 от ЗОП - включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на субекти в поръчката. Аргументите за това органът извежда от текста на чл.3, ал.1, т.1 от ЗОП, съгласно който, когато обществена поръчка включва проектиране и изпълнение на строителство свързано с една от дейностите по приложение 1 или проектиране и изпълнение на строеж, същата има обект строителство. В този смисъл, ако дейностите по строителството са изпълнени в рамките на инженеринг, същите представляват строителство по смисъла на действащото законодателство. Съгласно чл.63, ал.1, т.1, б. “а” от ЗОП относимия срок е 5 години от крайния срок за подаване на оферти. Доколкото в процесната ОП, опитът в областта на инженеринга не се допуска да е реализиран през предходните 5 години до крайния срок за подаване на оферти, то от страна на възложителя е налице нарушение на ЗОП. Това нарушение е квалифицирано като нередност по т.11 от Наредбата.

2. Относно вида и опита на експертите, твърдяното от УО нарушение е по чл.2, ал.1, т.1 и т.2; чл.2, ал.2 от ЗОП и чл.59, ал.1 от ЗОП в частта “екип от проектанти, за

всички проектни части, необходими за изпълнение на проекта”. Аргументите си УО извежда от текста на чл.63, ал.1, т.5 от ЗОП, изискващ ясно поставени от възложителя критерии, доколкото никъде в документацията за обществената поръчка, в т.ч. И в техническите спецификации не е посочено какви проектни части следва да съдържа работния проект. Това води до невъзможност от една страна, участниците да преценят отговарят ли на това условие, а от друга - комисията да прояви субективизъм при прилагане на критериите за подбор на участниците в ОП. Това от своя страна води и до необосновано ограничаване на конкуренцията между участниците в процедурата. Що се касае до уменията на участниците в процедурата, приемайки, че липсва нормативен акт, който да поставя изискване, като “практически умения придобити през последните три години”, каквито се съдържат в обявлението за ОП, то според УО жалбоподателя не е съобразил текста на чл.63, ал.1, т.5 ЗОП изискващ само “определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката”, както и чл.59, ал.2 от ЗОП, съгласно който “възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможностите да изпълнят поръчката”. Това нарушение е квалифицирано като нередност по т.11 от Наредбата Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е и.д. главен директор на главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ И.И., която със заповед № РД-16-458 от 12.06.2020 г. на Министъра на икономиката е оправомощена да осъществява правомощията на ръководител на УО на ОПИК 2014- 2020 г.

По правото.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на икономиката, който със Заповед №РД-16-5/06.01.2020г., на основание чл. чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ, т.1 от Решение № 574 на МС от 13.07.2016 г. за определяне на УО и сертифициращ орган по ОПИК 2014-2020 г. и на основание чл.5, ал.1, т.13 и чл.30, ал.1, т.2 от УП на МИ е оправомощил със заповедта г-жа И. И., заместник главен директор на Главна дирекция „ЕФК“ да изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПИК 2014-2020, с всички произтичащи от това права, задължения и отговорности. Делегирането на посочените правомощия е допустимо съгласно разпоредбите на УП на МИ и ЗУСЕСИФ, с оглед на което съдът счита, че оспореният акт е издаден от компетентен орган, в предвидената от закона форма и при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от

пороци, водещи до неговата нищожност.

По процесуалната и материалната законосъобразност на акта:

По т.1 - спорът между страните е във връзка с приложението на чл.63, ал.1, т.1, б. "а" от ЗОП, въведен като приложим от страна на УО по отношение на констатираното от него нарушение и във връзка с поставеното то възложителя изискване - Участниците през последните 5 години, считано от датата на подаване на офертата да са изпълнили дейности с предмет идентичен или сходен с предмета на поръчката.

Изискването за доказване на опит при изпълнение на поръчки със сходен предмет не е прекомерно. Съдът намира за правилно даденото в решението тълкуване на чл.3, ал.1, т.1 от ЗОП от гледна точка на конкретната обществена поръчка. Действително в случая се касае за строителство. В този смисъл възложителят е предвидил изискване през последните пет години участникът да е изпълнил строителства, идентични или сходни с предмета на поръчката, като е пояснил какво строителство приема за идентично или сходно с предмета на поръчката. Това изискване напълно отговаря на законовите изисквания – чл.63, ал.1, т.1, б."а" от ЗОП, както и не нарушава забраната по чл.63, ал.6 от ЗОП. Изискването не е прекомерно и не нарушава забраната по чл.2, ал.2 от ЗОП, в какъвто смисъл се излагат доводи от представителя на УО. С това изискване се гарантира, че във възлагателната процедура ще бъдат допуснати до участие оператори, имащи опит при изпълнение на строителство, сходно с предмета на поръчката. Ако за участник в процедурата е налице неяснота по отношение на обявения критерий за технически подбор, то по реда на чл.33 от ЗОП този участник би могъл да поиска разяснение от възложителя. Ето защо жалбата в тази част е основателна.

По т.2 в частта касаеща въвеждане на изискване към участниците в ОП за притежаване на "практически умения придобити през последните три години" - чл.63, ал.1, т.5 ЗОП изискващ само "определена професионална компетентност за изпълнение на поръчката", както и чл.59, ал.2 от ЗОП, съгласно който "възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможностите да изпълнят поръчката".

Настоящия съдебен състав намира за неоснователно възражението на жалбоподателя в тази част по следните съображения.

Разпоредбата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП гласи, че при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават 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. Видно е, че възложителят на обществената поръчка е въвел изисквания, свързани с опита на експертите, а именно същият да е през последните три години. Възложителят е ограничил конкуренцията, като е посочил, че придобитият опит трябва да бъде и в конкретни години, а именно - последните три. Съгласно чл. 63, ал.1, т. 1, б. „б“ от

ЗОП възложителят може да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, най-много за последните три години от датата на подаване на заявлението или на офертата – за доставки и услуги. Посоченото може да бъде поставено като изискване единствено към участниците в обществената поръчка, но не може да се отнася към опита на експертите в екипа. Когато е насочено и към опита на експертите същото следва да се счита за ограничително - в т.см. Решение №10642/08.08.2018г. По адм.д. № 4557/2018г. На ВАС. В закона е предвидена възможност възложителят да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, най-много за последните три години от датата на подаване на заявлението или на офертата – за доставки и услуги (чл. 63, ал.1 , т. 1, б. „б“ от ЗОП), но тази възможност се отнася само относно изискванията за участниците в процедурата, не и за експертите, в какъвто смисъл са въведените в обявлението за обществена поръчка изисквания към екипа от проектантите. Така поставеното изискване е ограничително, доколкото не дава възможност на потенциални кандидати, имащи екип от лица, които притежават необходимата квалификация и опит, но същият е реализиран по проекти, които биха могли да бъдат и по-сложни, преди повече от три години, да участват в процесната обществена поръчка.

Настоящия съдебен състав споделя изцяло аргументите и на управляващия орган в частта досежно извършените нарушения от възложителя, чрез използване на неясни критерии, водещи до субективизъм у комисията разглеждаща офертните предложения. Действително и доколко липсват данни в тоехническите спецификации, какви проектни части следва да съдържа работния проект, то и въвеждането на такова изискване дава прекомерна свобода на комисията по разглеждане на офертните предложения да изпълва със последващо съдържание изначално липсващи или неясни указания към участниците. Въведеното изискване би могло да ограничи броя на участниците в обществената поръчка. Поради което съставлява нарушение на ЗОП и е основание да се квалифицира като нередност по смисъла на ЗУСЕСИФ.

Нарушението представлява нередност с правна квалификация чл. 70, ал.1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ във връзка с т.9 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/.

Не се споделя и възражението на жалбоподателя за липса на причинена вреда на бюджета на съюза. финансовото отражение в случая се изразява във възпиращия ефект върху заинтересованите от възлагането на поръчката лица. При създаденото необосновано ограничаване на участието на икономическите оператори е налице потенциална възможност за нанасяне на вреда на бюджета на общността. Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че органът не е доказал реалната вреда, която нарушението нанася върху бюджета на общността, като налагането на корекцията не може да се базира на предполагаемо финансово увреждане. Законодателството на Съюза не поставя изискване за реална вреда върху бюджета на общността, като предпоставка за определяне на финансова корекция при използване на пропорционалния метод. Неоснователно е и възражението че вредата се презумира, нито че органът трябва да изследва значителността на вредите с финансово

отражение. Налице е законодателно решение, съгласно което, когато финансовото отражение на нарушението върху бюджета на общността не може да се изчисли, корекцията върху помощта със средства от ЕСИФ се отменя в определена с нормативен акт пропорционална част, като за определяне на процентния показател са от значение вида и тежестта на нарушението. В конкретната хипотеза органът, за да определи процентния показател, е съобразил прогнозната стойност на поръчката, нивото на конкуренция, липсата на отстранени участници на посоченото основание, като е обосновал мотивиран извод за пет процентен показател. Същият се налага върху допустимите разходи по договора, които за да бъдат възприети като допустими разходи от ръководителя на управляващия орган, следва да отговарят на изискванията на чл. 57 ЗУСЕСИФ.

Съгласно решение по съединени дела С 260/14 и С 261/14 на СЕС, чл. 98, пар.2 от Регламент № 1083/2006 трябва да се тълкува в смисъл, че финансовите корекции, които държавите-членки са длъжни да приемат поради нередност, съставляват административна мярка по смисъла на чл. 4 от Регламент № 2988/95; а съгласно решение по дело С 341/13 /преюдициално запитване/ чл.1, пар.1 от Регламент № 2988/95 въвежда общи правила, които целят да противодействат на действия срещу финансовите интереси на Съюза във всички области. Целта на финансовата корекция е отнемане на незаконно придобитата облага посредством предвидени способности. Прилагането на мерките се ограничава единствено до отнемането на получената облага, плюс – ако е предвидено лихви, при фиксиран лихвен процент. Мерките не се разглеждат като санкции и са насочени единствено към невъзможността за получаване на облага или нейното отнемане. Нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване единствено наличието 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 тълкуване на разпоредбата на чл. 2, (36) Регламент № 1303/2013 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 С., С-199/03, EU: C: 2005:548, т. 31; решение Chambre L., С-465/10, EU: C: 2011:867, т. 47; решение Firma, С-59/14, EU: C: 2015:660, т. 24; решение W., EU: C: 2016:562, т. 44). Когато точното финансово изражение на вредата не може да бъде определено, размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод. В този случай, за определяне на финансовата корекция, се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи /Виж: Решение № 10383 от 7.08.2017 г. на ВАС по адм. д. № 8862/2016 г./.

Ето защо според настоящия съдебен състав са налице всички елементи на нередността, правилното ѝ квалифициране и спазване на процедурата по определяне на финансова корекция върху допустимите средства от ЕСИФ по сключения в резултат на поръчката договор, касационната инстанция намира жалбата за неоснователна.ение, което то има или би могло да има върху средствата от ЕСИФ, като размерът ѝ се изчислява чрез прилагане на диференциален или на пропорционален метод – чл.3, ал.2 от същата Наредба. Съгласно чл.2, ал.1 от Наредбата, нередностите по чл.1, ал.1 *(или това са случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето*

на вреда на средства от ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ), както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. В настоящия случай финансовата корекция е определена от УО на ОПРР чрез прилагане на пропорционалния метод, доколкото поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици и затова за определянето на финансовата корекция е приложен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи.

Правилно е определен конкретният размер на финансовата корекция от 5 на сто, като в оспореното решение са изложени достатъчно подробно мотиви в тази насока. Доколкото определянето на конкретния размер на финансовата корекция е предоставено в оперативна самостоятелност на ръководителя на управляващия орган и тази оперативна самостоятелност е ограничена единствено от естеството и сериозността на нарушението, допуснато от бенефициента и финансовото отражение, което то има или би могло да има върху средствата от ЕСИФ, съдът намира, че преценката на ръководителя на УО е обоснована и правилна.

Както се посочи по-горе, не е налице нарушение на закона от страна на ответника при определяне на размера на финансовата корекция и предвид твърдението на жалбоподателя, че не е доказан размер на финансовата щета, нанесен с нарушението. Нито националното законодателство, нито законодателството на ЕС, в частност Регламент № 1303/2013 година, поставят като изискване наличието 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, т.36 от Регламент № 1303/2013г. следва от буквалното езиково тълкуване, което не оставя никакво съмнение за тази възможност – „има или би могло да има“. Тълкуването е трайно установено и в практиката на Съда на ЕС, 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.*, C-465/10, EU: C: 2011: 867, т. 47, както и последното решение *W.*, EU: C: 2016: 562, т. 44). Органът – ответник е изложил мотиви за невъзможността да бъде определена конкретна реална вреда за бюджета на Съюза. С оглед на характера на нарушението е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата. Няма как да се установи колко други кандидати биха участвали в конкурса и какви условия биха оферирали, за да се определи точно разликата между употребените средства при и без нарушението. За случаи като настоящия, когато финансовото изражение на вредата не може да бъде точно определено законодателят е допуснал прилагането на пропорционалния метод за определяне на размера на вредата. Това законодателно решение е в съответствие с Насоките на Европейската комисия и приетите от нея критерии за вземане на решение за приложимите ставки за корекции, както и самите ставки. Като е изчислил размера на корекцията по реда на Наредбата за посочване на нередности, , ответникът е приложил стриктно материалния закон и в тази му част, което прави оспорения акт законосъобразен.

Неоснователно е и възражението, че финансовата корекция е изчислена върху неправилно основа. Съгласно чл.1, ал.2 от ЗУСЕСИФ за средства от ЕСИФ се считат и предвиденото в програмите национално финансиране. В този смисъл основата на корекцията е правилно изчислена и размерът ѝ съответства на 5% от допустимите

разходи по договора, като е изключен собственият принос.

Предвид изложеното настоящия състав намира оспореното решение за законосъобразно, поради което жалбата, като неоснователна следва да се отхвърли.

По делото е направено искане за присъждане на разноски от двете страни в процеса. Като съобрази нормата на чл.143, ал.3 от АПК и изхода на спора пред настоящата инстанция, съдът намира, че разноски в полза на Софийска вода АД не се следват. В полза на ответинка следва да се присят такива в минималния за това размер.

С тези мотиви, съдът

Р Е Ш И :

ОТХВЪРЛЯ жалбата на [фирма] с ЕИК[ЕИК] срещу Решение №РД-16-285/27.03.2020г. на Директора на ГД „ЕФК“, с което на бенефициента [фирма] за нарушение на чл. 70 ал.1 т.1 от ЗУСЕСИФ е определена финансова корекция в размер на 14 938.26 лв.

ОСЪЖДА [фирма] да заплати на Министерство на икономиката сумата от 150 лв. разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14 дневен срок от съобщаването му на страните пред Върховния административен съд.

СЪДИЯ: