

РЕШЕНИЕ

№ 7518

гр. София, 23.12.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 01.10.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **179** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба от Националния институт по правосъдието със седалище и адрес на управление - [населено място], [улица], представляван от Директора М. Т. срещу Решение № ФК-2018-146/13.12.2018г. на Ръководителя на УО на оперативна програма „ Добро управление" /ОПДУ/ - И. П. и директор на Дирекция " Добро управление", с което по отношение на НИП на основание чл.70, ал.1, т.9 и чл.73, ал.1 във връзка с чл.72, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ е определена финансова корекция в размер на 5% спрямо засегнатите от нарушението разходи по договор №А.-02-30/20.11.2017г., на основание точка 9 от Приложение №1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017г.

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е неправилно, постановено в нарушение на материално правните разпоредби и не постига целта на закона.В жалбата се сочи, че не са изложени мотиви, обосноваващи наличието на нередност и причинна връзка между извършеното нарушение и неговата резултатност, УО бланкетно е посочил приложимата нормативна база, касаеща нарушенията на правото на ЕС по отношение на проведената обществена поръчка, като липсва връзка с евентуалната вреда.Иска се от съда да отмени изцяло оспореното решение, като незаконосъобразно, неправилно и необосновано.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – юрк. Н., поддържа жалбата и моли да бъде отменено оспореното решение. Претендира юрисконсултско възнаграждение. Съображения излага и в постъпили по делото писмени бележки.

Ответникът, чрез процесуалния си представител, оспорва жалбата, като неоснователна, моли съда да съобрази при решаването на спора решението на ВАС, по дело със сходен предмет. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Производството по делото е образувано по жалба на Национален институт по правосъдието срещу Решение № ФК-2018-146/13.12.2018 г. на ръководителя на УО на ОПДУ, във връзка е извършена проверка за законосъобразност на проведена обществена поръчка по реда на глава двадесет и шеста „Събиране на оферти с обява е предмет „Доставка на канцеларски материали, консумативи и протоколни подаръци и/или сувенири“ - сключен договор № А.- 02-30/ 20.11.2017г. с Р.-98 О., във връзка е разходване на средства по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ (БФП) BG05SFOP001-3.002-0001/11.11.2016г. с наименование „Качествено професионално обучение за повишаване ефикасността на правосъдието“ по Оперативна програма „Добро управление“ при Администрацията на Министерски съвет. Размер на корекцията в абсолютна стойност 590.80 лева.

Между Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (УО на ОПДУ) и Националния институт на правосъдието е сключен Договор за безвъзмездна финансова помощ (БФП) № BG05SFOP001-3.002-0001-C01/11.11.2016 г. с наименование „Качествено професионално обучение за повишаване ефективността на правосъдието“. При изпълнението на договора бенефициентът е извършил разходи, които са по договор за възлагане на обществена поръчка е рег. № А.-02-30/20.11.2017 г. , сключен между НИП като възложител и [фирма] - изпълнител, с предмет „Доставка на канцеларски материали, консумативи и протоколни подаръци и/или сувенири за нуждите на Националния институт на правосъдието при изпълнение на дейността му“. В. е възложил договора чрез прилагане на реда на „Събиране на оферти с обява“.

С писмо с изх. № 0250-102/20.11.2018 г. УО на ОПДУ уведомил чрез ИСУН Директора на НИП, че е извършил проверка за законосъобразност на проведена обществена поръчка по реда на глава двадесет и пета на ЗОП” „Събиране на оферти с обява“. Обект на проверка от управляващия орган на ОПДУ е обществена поръчка, възложена чрез събиране на оферти с обява, за което е публикувана Обява № 38-02-36/27.09.2017г. от определеното по чл.7, ал.1 от ЗОП лице за възложител - П. Г., заместник-директор на НИП, съгласно Заповед № РД-00-25/03.07.2017г. на директора на НИП, с предмет: „Доставка на канцеларски материали, консумативи и протоколни подаръци и/или сувенири за нуждите на Националния институт на правосъдието при

изпълнение на дейността му”.

Констатирано е, че възложителят е нарушил чл.64, ал.1, т. 2 от ЗОП, като е въвел ограничаващи изисквания, свързани с документите, които участниците представят за доказване на техническите си способности, свързани с опит при изпълнение на сходни или идентични е предмета на обществената поръчка дейности. Управляващият орган твърди, че са налице основанията за налагане на финансова корекция в размер до 25% от размера на направените разходи.

На основание чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ е била предоставена възможност бенефициентът да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция.

С писмо от 28.11.2018 г. бенефициентът е възразил срещу констатациите за установено нарушение на ЗОП и налагането на финансова корекция до 25% от размера на направените разходи.Изложени са съображения по неоснователността на констатациите и по размера.

С оспореното решение е прието, че в точка т. 2.2. от документацията за участие, възложителят е поставил изискване към участниците „Да имат поне три изпълнени договора с предмет, сходен с предмета на обособената позиция, за която се кандидатства през последните три години от датата на подаване на офертата, придружен с референция за добро изпълнение.“ Поставеното изискване противоречи на разпоредбата на чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП, съгласно която за доказване на техническите и професионални способности на участниците се представя списък на услугите, изпълнени през последните три години, считано от датата на подаване на офертата, които са идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, с посочване на стойностите, датите и получателите, заедно с доказателство за извършената услуга. Съгласно разпоредбата на чл. 59, ал. 3 ЗОП възложителите нямат право да изискват от кандидатите или участниците други документи за доказване на съответствието с поставените критерии за подбор, освен посочените в закона. В конкретния случай възложителят е ограничил участниците като е поставил изискване за представяне на конкретни документи, докато законът допуска и други документи, които доказват извършената услуга.

За установеното нарушение е прието, че е налице основание за налагане на финансова корекция по т. 9 „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“ от Приложение 1 на 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, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г. УО е приел, че това обосновава налагането на финансова корекция в размер на до 25 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатия договор. Определеният процентен показател се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в

следващи искания за плащания.

Констатираното нарушение по т. 1 от решението представлява нередност, нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Съгласно Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., нередност е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Установеното нарушение има финансово отражение, предвид законовата цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

Посочено е, че е налице финансовото отражение на нарушението и е налице вреда за бюджета на ЕС, тъй като е налице незаконосъобразно отстраняване на участник в процедурата.

Предвид това са налице и всички елементи от фактическия състав на нередност по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., т.е. фактическият състав е изпълнен: нарушение на правото на Европейския съюз - проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона (поставяне на ограничително изискване към участниците); извършено чрез действие на възложителя; субект на нередността - Национален институт на правосъдието - (бенефициент); вреда на общия бюджет на Европейския съюз - сумата, с която би бил оцетен бюджетът на ЕС вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; причинна връзка между деянието и настъпването на вредата - поставянето на ограничително изискване към участниците, което закономерно води до настъпване на евентуална вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

При определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице „доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.“ Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Посочени са 2 хипотези само при едната от които вредата е доказана. Втората хипотеза касае случаите на евентуални вреди - такива, които не са настъпили към момента на установяване на нередността, но биха могли да настъпят. В самия Регламент изрично е посочено, че нарушението трябва да „има или би имало“ за последица нанасянето на вреда. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз.

Посочено е, че размерът на финансовата корекция се определя, съгласно чл. 3 от Наредбата чрез прилагане на диференциален метод или на пропорционален метод. В случая се прилага пропорционалният метод. Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалният метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора (какъвто е конкретният случай) и съответно

прилагането на диференциален метод не е възможно.

Съгласно чл. 1 от Наредбата 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 Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), са посочени в Приложение 1. Видно от Приложението, допуснатото от възложителя нарушение попада сред основните категории нарушения и за него е предвидено и съответен процентен показател на финансовите корекции.

УО е определил финансова корекция за описаните нарушения, съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. Нарушението е относимо към точка № 9 „Неправомерни критерии за подбор и/или критерии за възлагане, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“ от Приложение 1 на 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, приета с ПМС №57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г. Стойността на финансовата корекция е до 25 % върху изразходваните средства - допустими разходи по засегнатия договор. Корекцията може да бъде намалена на 10 на сто или на 5 на сто - в зависимост от тежестта на нарушението. В конкретния случай УО на ОПДУ определил финансовата корекция в размер на 5%, мотивирано с оглед стойността на обществената поръчка и подадените четири оферти, като определеният процентен показател се прилага и за засегнатите от нарушението разходи, включени в следващи искания за плащания.

Жалбата пред съда е подадена в законоустановения срок, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол.

Съгласно чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България. За средства от ЕСИФ се счита и предвиденото в програмите национално съфинансиране. А чл. 3, ал. 2 от същия нормативен акт посочва, че средствата от ЕСИФ се предоставят по програмите, включени в Споразумението за партньорство, след тяхното одобряване от Европейската комисия.

Съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ 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 ЕСИФ“.Съгласно чл. 143 (1) от РЕГЛАМЕНТ (ЕС) № 1303/2013 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 17 декември 2013

година за определяне на общоприложими 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 Националният институт по правосъдието участва като бенефициент 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 Зг. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице. Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ 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. В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма „Добро управление“ за програмен период 2014- 2020г., поради което приложима по отношение на нея 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 ЗУСЕСИФ. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват 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 Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от ЗУСЕСИФ: 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 същото нарушение, 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 документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора. Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане. В тежест на административния орган е с оглед на чл.170, ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка. Третият елемент от фактическия състав на „нередността“, се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходима е и причинна връзка между извършеното нарушение 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 по смисъла на Регламента, за да може да бъде определена финансова корекция.

С оспореното решение е установено нарушение на нормата на чл. 64, ал. 1, т. 2 от ЗОП от Закона за обществените поръчки/ЗОП/, което е довело до нарушаване на принципите на равнопоставеност, дискриминация и свободна конкуренция, заложили в чл. 2 от ЗОП. Процедурата по провеждане на обществените поръчки е нарочно разписана в ЗОП, който транспонира изискванията на посочените в пар. 3 от ДР на ЗОП директиви. Изискване на същите е уеднаквена процедура по провеждане на поръчките в рамките на съюза, при облекчаване на изискванията, които се поставят към участниците с цел гарантиране на принципите на равнопоставеност и недопускане на дискриминация; свободна конкуренция; пропорционалност; публичност и прозрачност. В тази насока, задължения на възложителите на ОП е да посочват всички критерии за подбор и всички документи, чрез които се доказва изпълнението им. С критериите за подбор се определят минималните изисквания за

допустимост.

В случая в обявата за обществена поръчка е посочено участниците: „Да имат поне три изпълнени договора с предмет, сходен с предмета на обособената позиция, за която се кандидатства през последните три години от датата на подаване на офертата, придружен с референция за добро изпълнение“. Съгласно изискванията на ЗОП, доказателствените средства в тази процедура са ограничени императивно в рамките на закона и възложителят е нарушил разпоредбите на чл. 59, ал. 3 ЗОП, във връзка с чл. 64, ал. 1, т. 2 от същия нормативен акт, като е посочил в обявата и документацията документи за доказване на изискване за подбор извън посочените като допустими такива в ЗОП. Предвид гореизложеното, административният орган правилно е заключил, че е налице нарушение на чл. 59, ал. 3 ЗОП, във връзка с чл. 64, ал. 1, т. 2 от същия нормативен акт във връзка с чл. 2, ал. 1 ЗОП. Оспореният акт е издаден на основание чл. 70 ал. 1 т. 9 от ЗУСЕСИФ, а именно 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 ЕСИФ. В случая с оглед естеството на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата. Когато количественото изражение на финансовите последици е невъзможно да бъде конкретно определено, законодателят е допуснал да бъде определен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Съгласно т. 9 и т. 13 към Приложение № 1 по чл. 2 ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, финансовото влияние на нарушението е в размер на 25 % от стойността на разходите по засегнатия договор, като корекцията може да бъде намалена на 10 на сто или на 5 на сто, в зависимост от тежестта на нарушението. При определяне размера на финансовата корекция, административният орган е взел предвид следните обстоятелства: стойността на обществената поръчка и подадените четири оферти. Съдът намира, че размерът на финансова корекция е изцяло съобразен с нормативната уредба. Относно основата, върху която е определен процентния показател, в акта е посочено, че това са 5 % мотивирано с оглед

стойността на обществената поръчка.

Предвид изложено, настоящата инстанция намира, че жалбата се явява неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора заявеното от ответника искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение се явява основателно, като своевременно направено и доказано, поради което същото следва да бъде уважено, съдът следва да осъди жалбоподателя да заплати на направените по делото разноски, а именно - юрисконсултско възнаграждение, определени съобразно разпоредбата на чл.78, ал.8 от ГПК във връзка с чл.37, ал.1 от Закона за правната помощ във връзка с чл.24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 200 лева.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 36-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Националния институт по правосъдието, със седалище и адрес на управление - [населено място], [улица], представляван от Директора М. Т. срещу Решение № ФК-2018-146/13.12.2018г. на Ръководителя на УО на оперативна програма „Добро управление“ /ОПДУ/.

ОСЪЖДА Националния институт по правосъдието, със седалище и адрес на управление - [населено място], [улица], представляван от Директора М. Т. да заплати на Администрацията на Министерски съвет, разноски по делото в размер на 200,00 лв. (двеста лева), за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ:

