

РЕШЕНИЕ

№ 5734

гр. София, 29.09.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 79 състав,
в публично заседание на 18.09.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Николай Димитров

при участието на секретаря Десислава В Симеонова и при участието на прокурора Моника Малинова, като разгледа дело номер **6051** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е след постановяване на Решение № 6745 от 21.06.2023г. по адм. д. № 3514/2022г. на Върховен Административен съд, седмо отделение, с което е отменено Решение № 5341/08.09.2021г. на Административен съд – София град, постановено по адм. д. № 80 по описа на съда за 2020 година и делото е върнато за разглеждане от друг състав на съда, при спазване дадените указания в мотивите.

Първоначално делото е образувано е по жалба на Изпълнителната агенция по околна среда (ИАОС), ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], представлявана от изпълнителния директор Г. Б., срещу решение от 29.11.2019г. на Ръководителя на Управителния орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020г.“ (ОПОС), с което за нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 и ал. 7, т. 3 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, представляващи нередност по т.11, буква „а“ по ОПЗ и буква „б“ по ОП2 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, както и за нарушение на 107, т.2, буква „а“ от ЗОП във връзка с чл.2, ал. 1 от ЗОП, чл.102 от Регламент 966/2012 на Европейския парламент и Съвета, квалифицирано като нередност по т. 15, буква „а“ от Наредба за посочване на нередности е определена финансова корекция в размер на 10% от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС

2014-2020г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по сключените договори по ОП2 № 3730/18.04.2019г. с Консорциум „Д.-Партицип" ДЗЗД на стойност 3 646 990 лв. без ДДС и договор по ОПЗ № 3723/09.04.2019 г. с ДЗЗД "Е. НАТУРА 2000"на стойност 1 966 580 лв. без ДДС.

В жалбата са изложени доводи за незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречие с материалния закон, необоснованост и немотивираност. Наведени са и съображение за нарушение на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, тъй като в оспорения акт не са посочени годни фактически основания, а били въведени само хипотетични предложения. Счита, че необосновано е прието от страна на УО нарушение на чл.70, ал. 2, т. 3 и ал. 7, т. 3 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Нарушение на посочените норми не било извършено, тъй като с утвърдената методика за оценяване бил указан начина за оценка на показател „Организация на персонала“. Същата е ясна и точна и в нея са определени както принципа за изчисляване, така и начина за оценяване на всеки един от елементите които попадат в обхвата на чл. 70, ал.4, т. 2 от ЗОП. Начинът за оценяване по посочените показатели бил валиден за всички потенциални кандидати и участници. Изложени са доводи, че съобразно броя на подадените оферти за обособени позиции 3 и 4, било видно, че така посочената методика за оценка не накърнявала свободата на конкуренцията и не ограничавала конкурентното начало. По отношение на другото констатирано нарушение, жалбоподателят счита, че ръководителя на УО неправилно е определил действията на помощния орган на възложителя да приложи института на чл. 54, ал. 13 от ЗОП като категория нередност по т. 15, б. „а“ от Наредбата за посочване на нередностите. Счита, че участниците в процедурата за възлагане по ЗОП били поставени при еднакви условия спрямо това изискване и комисията не е допуснала нарушение, като е отстранила ДЗЗД „Е.“, което дружество не е представило изискваната от него допълнителна информация. Предвид това не било налице нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“ от ЗОП във вр. с чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Изложени са и доводи, че неправилна ръководителя на УО е определил основата на база на която е определен размерът на финансовата корекция. Последната е била наложена не само върху допустимите разходи финансирани то ЕСИФ, но и върху средства от държавния бюджет. В съдебно заседание процесуалния представител на жалбоподателя, поддържа жалбата, моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт, като незаконосъобразен. Претендира юрисконсултско възнаграждение и разноски по делото.

Ответникът - Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020г.", редовно призован, не се явява, в предварително депозирано становище е направил искане за се остави жалбата без уважение. Изразява становище за законосъобразността на оспорения акт. Претендира 350 лв. разноски по делото, прави възражение за прекомерност на претендираните от ответника разноски.

Софийска градска прокуратура, редовно призована се представлява от прокурор М., който изразява становище за неоснователност на жалбата, предлага да бъде постановено решение, с което да бъде оставена без уважение жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III отделение, 79 състав след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Със заповед № РД-481 от 29.08.2016г., с рег. № от ИСУН

BG16M1OP002-3.003-0001-C01 на министъра на околната среда и водите е наредил на Изпълнителна агенция по околна среда /ИАОС/ към Министерство на околната среда и водите да бъде предоставена безвъзмездна финансова помощ по процедура на директно предоставяне на безвъзмездна помощ BG16M1OP002-3.003 „Анализи и проучвания на видовете и типовете местообитания в България, предмет на докладване съгласно чл. 17 от Директивата за местообитанията“, по приоритетна ос 3 „Натура 2000“ и биоразнообразие“ на оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ за проект: BG16M1OP002-3.003-0001 „Анализи и проучвания на видовете и типовете местообитания в България, предмет на докладване съгласно чл. 17 от Директивата за местообитанията“ в размер на 18 122 412.00 лева , от които 15 404 050.20 лева – от ЕФРР и 2 718 361.80 лева – национално съфинансиране от държавния бюджет на Р.България.

За предоставяне на безвъзмездната помощ ИАОС е провела на 25.08.2017г. обществена поръчка с предмет: Избор на изпълнители за извършване на анализи и проучвания на видовете и природните местообитания в България, предмет на докладване съгласно чл. 17 от директивата за местообитанията и чл. 12 от Директивата за птиците" по три обособени позиции: Обособена позиция № 1 „Анализи и проучвания на видовете и типовете местообитания в България, предмет на докладване съгласно чл. 17 от Директивата за местообитанията"; Обособена позиция № 2 „Анализи и проучвания на видовете птици в България, предмет на докладване съгласно чл. 12 от Директивата за птиците (2009/147/ЕО)" и Обособена позиция № 3 „Контрол и валидиране на резултатите от извършените анализи и проучвания на видовете и природните местообитания в България, предмет на докладване съгласно чл. 17 от Директивата за местообитанията и чл. 12 от Директивата за птиците".

След стартиране на процедурата по предоставяне на безвъзмездната помощ и получаване на съответни оферти е била извършена оценка на подадените оферти по Обособена позиция № 2 „Анализи и проучвания на видовете птици в България, предмет на докладване съгласно чл. 12 от Директивата за птиците (2009/147/ЕО)". За изпълнител бил избран Консорциум „Д.-Партицип", с който е бил сключен договор за изпълнение № 3730 от 18.04.2019г., а за Обособена позиция № 3 „Контрол и валидиране на резултатите от извършените анализи и проучвания на видовете и природните местообитания в България, предмет на докладване съгласно чл. 17 от Директивата за местообитанията и чл. 12 от Директивата за птиците“, за изпълнител е избран ДЗЗД „Е. НАТУРА 2000", с който е сключен договор за изпълнение с № 3723 от 09.04.2019г.

С писмо изх. № 3-003-0001-2-813 от 04.11.2019г., ръководителят на УО на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020г. при извършен последващ контрол за законосъобразност на възложената обществена поръчка и сключените договори по ОП 2 и ОП е констатирал нередности, като за установените нарушения на ЗОП е предложил да бъде наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на всеки от договорите и признатите разходи от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014 - 2020г.

Ръководителя на УО на ОПОС е уведомил бенефициера за констатирани нарушения при провеждане на процедурата, обстоятелствата и причините за налагането на финансовата корекция, и размерът на евентуалната финансова корекция. Предоставена му е възможност за писмено възражение, като в предвидения за това срок, на основание чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование Закона

за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление-ЗУСЕФСУ, заглавието изменено с ДВ бр.55 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./ последният е ангажирал такова възражение с вх. № 2922 от 18.11.2019г., в което изпълнителният директор на ИАОС е изложил доводи относно основателността и размера на финансовата корекция.

На 29.11.2019г. било издадено решение от ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020г. (ОПОС) и главен директор на Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ при Министерството на околната среда и водите (МОСВ), с което на основание чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ за нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 и ал. 7, т. 3 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, представляващи нередност по т.11, буква „а“ по ОПЗ и буква „б“ по ОП2 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, както и за нарушение на 107, т.2, буква „а“ от ЗОП във връзка с чл.2, ал. 1 от ЗОП, чл.102 от Регламент 966/2012 на Европейския парламент и Съвета, квалифицирано като нередност по т. 15, буква „а“ от Наредба за посочване на нередности е определена финансова корекция в размер на 10% от стойността на засегнатите от нарушенията и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по сключените договори по ОП2 № 3730/18.04.2019г. с Консорциум „Д.-Партицип“ ДЗЗД на стойност 3 646 990 лв. без ДДС и договор по ОПЗ № 3723/09.04.2019г. с ДЗЗД "Е. НАТУРА 2000"на стойност 1 966 580 лв. без ДДС.

Ръководителят на Управляващия орган е констатирал две нарушения с финансов ефект при провеждането на процедурата по възлагане на поръчката в частта ѝ по обособена позиция № 2 и № 3: първото е за незаконосъобразна методика за оценка в частта относно показател „Предложена цена“ – нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 и ал. 7, т. 3, вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ по ОПЗ и буква „б“ по ОП2 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 ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ и Наредбата за посочване на нередности. Посочено е, че избраният критерий за възлагане по процесната поръчка е „оптимално съотношение качество/цена“. Мотивите за твърдяното нарушение, административният орган е извел с оглед на обстоятелството, че при методиката за оценка в частта на показателя „Предложена цена“, възложителят не е установил минимални и максимално допустими стойности за изпълнение на отделните етапи от поръчката, а само различна относителна тежест при оценката на предложената цена за изпълнение на отделните етапи. По посочения показател оценката се изчислява по формулата $ПЦ = ПЦЕ1 + ПЦЕ2 + ПЦЕ3 + ПЦЕ4$, където ПЦЕ1, ПЦЕ2, ПЦЕ3 и ПЦЕ4 са предложените отделни цени за четирите етапа от изпълнение на поръчката по обособената позиция. За предложената цена за изпълнение на етап 1 и етап 3 е установена тежест от 35 %, за етап 2 – 20 % и за етап 4 – 10 %.

Незаконосъобразността на методиката е обоснована чрез посочване на примери за комбинация от отделни цени, чиито стойности след приложение на формулата дават резултат, съгласно който хипотетичен участник с предложена по-висока комплексна цена получава по-висока оценка по спорния показател от друг хипотетичен участник, предложил по-ниска комплексна такава. Според административния орган по спорния показател „Предложена цена“ участникът с най-ниска цена би следвало да получи

най-висока оценка, но заложената формула допуска обратното. Въз основа на горния пример РУО е приел, че вероятността за подобно несъответствие обезсмисля приложението на показателя „Предложена цена“, поради което методиката не гарантира възлагане на поръчката по избрания критерий „оптимално съотношение качество/цена“.

Втората констатация е за незаконосъобразно отстраняване на участник - нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“, вр. чл. 2, ал. 1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 15, буква „а“ от Наредба за посочване на нередности от Наредбата за посочване на нередности. Отстранените са участници ДЗЗД „Е.“ и „Е. С.А.“ по обособена позиция 2. РУО е приел, че участникът „Е. С.А.“ правилно бил отстранен от комисията, тъй като констатираните от помощния орган на възложителя несъответствия отговарят на действителната фактическа обстановка- отстранен на етап разглеждане на ценово предложение. По отношение на другият участник ДЗЗД „Е.“, РУО приел, че така установено несъответствие, констатирано от комисията за разглеждане и оценка на офертите касаещо непредставяне на поискано разяснение от оферента по реда на чл. 54, ал.13 от ППЗОП, относимо към начина на формиране на предложената от същия цена за всеки един от подлежащите на изпълнение етапи на обществената поръчка, било незаконосъобразно, тъй като изисквайки разяснение по заявените данни, касаещи начин на формиране на ценово предложение по отделните етапи от участника ДЗЗД „Е.“ без да съществувало неяснота и годна предпоставка за осъществяване на същото, опорочавало действията на помощния орган на възложителя, които влечели след себе си незаконосъобразност на всички последващи такива, включително и отстраняването на цитирания оферент поради непредставяне на обосновка, съдържаща разяснителна информация.

За констатираните нередности, а именно тази касаеща незаконосъобразната методика на оценка, УО на ОПОС е счел за приложима финансова корекция в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по сключения договор по ОП2 и 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за Финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по сключения договор по ОП3.

За другата констатирана нередност е определен размер на финансовата корекция – 10%.

С оглед различните установени нередности, РУО при определяне на приложимия размер корекция, УО на ОПОС се е съобразил с нормата на чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и поради това е определен обща такава в размер на 10% по ОП 2 и индивидуална в размер на 10% по ОП 3 от стойността на засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/.

По делото са приобщени като доказателства и представените с жалбата, с административната преписка, и представените такива от страна на ответника с молба от 19.11.2020г. в т.ч. и документацията за провеждане на обществена поръчка, която е представена на електронен носител.

С оглед указанията на ВАС, при новото разглеждане на делото съдът е уведомил страните, че на осн. чл.155 от ГПК, във вр.чл.144 от АПК, че ще използва всички относими към случая общодостъпни в интернет пространството доказателства, като

такива се ползват- документацията за обществената поръчка, съставените протоколи и сключените договори.

С оглед установеното от фактическа страна съдът прави следните правни изводи:

Жалбата изхожда от надлежна страна и е подадена в срок, с оглед на което оспорването е допустимо.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

В чл. 1 ал. 1 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1 ал. 2 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/, 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. В раздел III от глава пета от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл. 69 ал. 1 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2 т. 36 и 38 от Регламент № 1303/2013 /пълното наименование на нормативния акт е Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. 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/.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ 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 /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ ръководител на управляващия орган е

ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая съобразно чл. 5 от Устройственият правилник на Министерството на околната среда и водите, приет с ПМС № 208 от 27.09.2017г., ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който управлява програми и проекти в сферата на своята компетентност, финансирани от предприєдинителните и структурните фондове на Европейския съюз и от други международни финансови институции и донори. В рамките на своята компетентност, със своя заповед № РД-ОП-13 от 07.02.2018г., Министърът на околната среда и водите е възложил функциите ръководител на управляващ орган по Оперативна програма „Околна среда“ на В. К. да изпълнява функциите на Ръководител на Управляващия орган на ОПОС, което е подписала оспорения акт. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Оспорения административен акт на Оперативна програма „Околна среда“ 2014 - 2020г. е издаден в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/.

В закона са регламентирани специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ е предвидено, че решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В настоящия случай не се спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ е спазено. Представени са и възражения от страна на жалбоподателя, във връзка основателността на регистрирания при УО на ОПОС сигнал. В конкретния случай при издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/.

Не се констатират и процесуални нарушения свързани с мотивирането на административния акт, което е било установено и в Решение №

6745/2023г. по адм.дело №3514/2023г. на ВАС.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. Доколкото в случая жалбоподателят участва като 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 1303/2013г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Вторият елемент от фактическия състав на нередността е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а 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. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния

орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

В тежест на административният орган с оглед на чл.170, ал.1 от АПК е да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от ИАОС по проведената обществена поръчка, както и, че е налице вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е, да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение /с действие или бездействие от стопанския субект – т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административният орган, в проведеното административното производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка налице ли е соченото от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размера при прилагане на пропорционалния метод, и налице ли са пречки за настъпване на разпоредените последици.

В процесния случай за да определи финансова корекция ръководителя на УО на ОПОС е посочил, че е налице нарушение на разпоредбата на чл. 70, ал. 2, т. 3 и ал. 7, т. 3, вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ по ОПЗ и буква „б“ по ОП2 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности.

В методиката на разглежданата обществена поръчка по отношение на посочените обособени позиции е посочено, че комплексната оценка се формира от два показателя: „Професионална компетентност на персонала“ с тежест 50 % и „Предложена цена“ с тежест 50 %. По отношение на ОП2, по показателя „Предложена цена“ се присъждат 100 точки, като оценката е както следва: цената за първи и трети етап е с тежест 35 %, за етап 2 – 20 % и за етап 4 – 10 %. По отношение на ОП3 за същия показател се присъждат 100 точки, като оценката е както следва: цена за етап 1 – с тежест 60% и за етап 2 – 40 %.

РУО е приел, че утвърдената от възложителя методика не съответства на установения критерий за възлагане „оптималното съотношение качество/цена“ и в частност показател „Предложена цена“, при който

най-висока оценка следва да получи участник, предложил най-ниска обща цена, а не обратното. Това с така защото в показател „Предложена цена“, възложителят не е установил минимални и максимално допустими стойности за изпълнение на отделните етапи от поръчката, а само различна относителна тежест при оценката на предложената цена за изпълнение на отделните етапи. Това в настоящия случай, се приема за нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП.

В съответствие с чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП, икономически най-изгодната оферта се определя въз основа на оптимално съотношение качество/цена, което се оценява въз основа на цената или нивото на разходите, както и на показатели, включващи качествени, екологични и/или социални аспекти, свързани с предмета на обществената поръчка. Определянето на съотношението трябва да осигурява най-доброто съотношение качество/цена при отчитане на интереса на възложителя. В противен случай самият определен от възложителя показател би бил незаконосъобразен, тъй като не би осигурил най-доброто съотношение качество/цена, поради което би бил в противоречие с чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП.

В случая предвидената оценка по показателя „Предлагана цена“ не позволява да се постигне оптималното съотношение качество/цена, тъй като не позволяват да се получи най-доброто качество за най-добрата цена. В подкрепа на този извод са както посочените в административния акт примери, така и реалната ситуация по ОП2, за преодоляването на която възложителят е допуснал второто нарушение, посочено в обжалвания акт. Поставяйки съотношение 50/50 възложителят ясно декларира, че не дава предимство на качеството пред цената и търси най – високо качество за най-ниска цена, което в случая не е постигнато. С поставените изисквания възложителя е насърчил недобросъвестно изготвяне и представяне на ценовите предложения, насочено към предлагане на минимална цена за изпълнение на определени етапи от ОП с висока сложност, единствено с цел получаване на висока оценка и обратно за етапи с минимално значение и малко по обем включени дейности, предвид ниската относителна тежест при оценяването- да предлагат многократно по-висока цена, тъй като получаването на дори най-ниска оценка не оказва съществено значение при комплексната такава. По изложените съображения правилно административният орган е приел, че в случая е допуснато нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП.

Налице са всички съставомерни признаци, като допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан

вид разход. Това е така, защото допуснатото нарушение е от такова естество, че е създадо предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество.

Допуснатото нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП съставлява нередност по т. 11, б. „а“ и по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание 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. доколкото в ОП са заложили условия, които не са дискриминационни по национален /регионален/ местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка /по б.„а“/ и случаите, при които са приложени дискриминационни критерии /условия/ спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор / по б. „а“/. Правилно е предвидена и 10% размер на финансовата корекция по т. 11, б. „а“ от Приложение №1 към Наредбата и 5% размер финансовата корекция по т. 11, б. „б“ от Приложение №1 към Наредбата.

В оспореният административен акт не са изложени конкретни факти, които органът да е квалифицирал като нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 3 от ЗОП. Разпоредбата на посочения текст от закона сочи, че възложителя следва: да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за: а) количествено определените показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване; б) качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. В случая административният орган не е конкретизирал кое от двете изисквания е нарушено. Дори и да се приеме, предвид общото посочване за нарушение на т. 3, че волята на административния орган е за допуснатото нарушение и на двете изисквания едновременно, изложените от него мотиви не касаят нарушение на качествени показатели, т.е. липсва фактическо основание, съответстващо на б. „б“. Посочената т.3 цели осигуряване на участниците на достатъчно информация за правилата,

които ще се прилагат при оценката, а в случая административният орган не е посочил кое точно правило позволява субективна оценка, която не може да бъде предвидена от участниците. Вместо това РУО акцентира върху вероятност за злоупотреби и нарушения на конкуренцията, но от страна на самите участници. Евентуалната злоупотреба от страна на участниците сама по себе си не може да се санкционира посредством института на финансовата корекция, защото последният институт регулира случаите на нарушения от страна на бенефициера, а не случаите на нарушения от страна на участниците в проведената от последния процедура. Разбира се, нарушение на бенефициера може да е обусловено от нарушение на участник, но в настоящия случай няма данни нито за едното, нито за другото. Предвид гореизложеното съда приема, че тази част на оспорения акт не съответства на чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК.

Доколкото както се посочи по-горе е налично установено съставомерно нарушение по чл. 70, ал. 2, т. 3 от ЗОП обуславящо 10% размер на финансовата корекция, то установените пороци за другото нарушение по чл. 70, ал. 7, т. 3 от ЗОП, не оказват влияние на крайния резултат свързан с определения размер на финансовата корекция по тази констатация.

Относно втората констатацията на УО, а именно за незаконосъобразно отстраняване на един от участниците в процедурата по обществената поръчка.

В процесния случай за да определи финансова корекция ръководителя на УО на ОПОС е посочил, че е налице нарушение на разпоредбата на чл. 107, т.2, буква „а“ от ЗОП във връзка с чл.2, ал. 1 от ЗОП, чл.102 от Регламент 966/2012 на Европейския парламент и Съвета, квалифицирано като нередност по т. 15, буква „а“ от Наредба за посочване на нередностите.

Установява се, че по обособена позиция № 2 е отстранен участника ДЗЗД „Е.“ на етап разглеждане на ценово предложение. Констатирано е било от комисията за разглеждане и оценка, че този участник не е изпълнил поисканото от възложителя разяснение на офертата по реда на чл. 54, ал.13 от ППЗОП, относно начина на формиране на предложената цена за всеки едно от подлежащите на изпълнение етапи на обществената поръчка. От своя страна административният орган е приел в обжалвания акт, че изискването на разяснения касаещи начина на формиране на ценовото предложение от участника ДЗЗД „Е.“ е било без основание, тъй като не е съществува неяснота и годна предпоставка за осъществяване на същото.

Съгласно чл. 107, т. 2, б. „а“ ЗОП (в приложимата редакция преди доп. – ДВ, бр. 86 от 2018г., в сила от 1.03.2019г.), възложителят отстранява от

процедурата участник, който е представил оферта, която не отговаря на предварително обявените условия на поръчката.

Видно от съдържанието на Протокол № 3 на комисията по разглеждане и оценка на офертите е, че от една страна комисията не е установила неяснота в ценовото предложение на участника, а от друга е приела, че с оглед установената разлика в ценовите предложения на двамата участника следва да изиска разяснение за начина и формиране на цените по отделните етапи от ценовото предложение единствено на ДЗЗД „Е.“, което е предпоставка за приложение на чл. 72 от ЗОП, а не на чл. 54, ал. 13 от ПЗЗОП, както правилно е прието от административният орган. Изискването на разяснение по заявените данни, касаещи начина на формиране на ценовото предложение по отделните етапи от посочения участник, без да съществува неяснота и годна предпоставка за осъществяване на същото, опорочава действията на помощния орган на възложителя и влече след себе си незаконосъобразност на всички последващи такива, включително и отстраняването на ДЗЗД „Е.“.

Така допуснатото нарушение на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 15, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание 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. доколкото в при оценката на офертите, посочени в обявлението или в документацията за поръчката са използвани допълнителни критерии за възлагане, които не са били публикувани. Правилно е предвидена и 10% размер на финансовата корекция по т. 15, б. „а“ от Приложение №1 към Наредбата.

В съответствие с чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/ правилно е определена една корекция. УО на ОПОС се е съобразил с нормата на чл. 5, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и поради това е определен обща такава в размер на 10% по ОП 2 и индивидуална в размер на 10% по ОП 3 от стойността на засегнатите от нарушението разходи и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ /сега с променено наименование ЗУСЕФСУ/.

Предвид всичко гореизложено, съдът констатира, че оспорения административен акт е законосъобразен в неговата цялост, поради което същият следва да се потвърди, а жалбата да се отхвърли като неоснователна.

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане за

присъждане на съдебни разноски в размер на 350лв., на основание чл. 143, ал.1 от АПК съдът следва да осъди жалбоподателя да заплати на Управителния орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020г." (ОПОС) претендиания размер от разноските по делото.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, трето отделение, 79-ти състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Изпълнителната агенция по околна среда срещу решение от 29.11.2019г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 -2020г.“.

ОСЪЖДА Изпълнителната агенция по околна среда, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 -2020г.“- 350(триста и петдесет) лева разноски по делото.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: