

РЕШЕНИЕ

№ 3142

гр. София, 11.05.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав,
в публично заседание на 12.04.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Кристина Българиева, като разгледа дело номер **11539** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ – заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022г./.

Образувано е по жалба на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, представявано от министъра на регионалното развитие и благоустройството срещу Решение от 28.11.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ /ОПОС/, с което е определена финансова корекция в размер от 5 % от стойността на разходите признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 по договор № РД-02-29-230/26.09.2022 г. с изпълнител „К. 6 РПИП“ Д. на стойност 789 789 лева без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ.

Според жалбоподателя, не е налице визираното нарушение на чл. 59, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП), тъй като критериите за подбор, които отговарят на така зададените от законодателя признаци- съответствие с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката са допустими и законосъобразни. Твърди се, че целта на критериите за подбор е да се допуснат до разглеждане оферти на правни субекти, които имат знания, умения, годност, реализиран оборот в определена област, разполагат с експерти с определена професионална компетентност, което създава обоснованото предположение, че могат да реализират обществена поръчка с определен предмет. В конкретния случай МРРБ поставило критерий за подбор за

технически и професионални способности по чл. 63 от ЗОП- участниците да разполагат с екип от експерти за изпълнението на дейностите и постигането на резултатите, който включва ръководител и 12 експерти с определена професионалната компетентност, т.е. упражнил е предоставеното му право по ЗОП да извърши подбор на участниците в обществената поръчка.

По отношение на Ключов експерт 7: Финансист, възложителят е поставил изискване да притежава „Опит в изготвянето и/или контрол и/или проверка на финансов и/или икономически анализ/и в отрасъл водоснабдяване и канализация“, а за Ключов експерт 12: Юрист да притежава „Опит в предоставяне на юридическа/и услуга/и, свързана с отрасъл водоснабдяване и канализация“. Релевира се, че съгласно Техническата спецификация процесната процедура е „Консултантски услуги за осигуряване на качеството и текущ контрол на изпълнението на регионални прединвестиционни проучвания (РПИП)“ и се организира в контекста и във връзка с изпълнението на договорите за РПИП, следователно е необходима експертиза, пряко и непосредствено обвързана с предмета на контролираната обществена поръчка, т.е. експертите следва да имат професионална компетентност, която им позволява да проверят съставените документи при изготвяне на РПИП за съответствие с Техническата спецификация за РПИП и с приложимите към тях нормативни актове, поради което заложеното изискване е законосъобразно. Моли съда да отмени обжалваното решение като незаконосъобразно и необосновано, постановено в нарушение на приложимите материалноправни норми и административнопроизводствени правила и в несъответствие с целта на закона.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата. Моли съда да отмени оспорваното решение. Претендира присъждане на юрисконсултското възнаграждение.

Ответникът– Ръководителят на Управляващ орган на Оперативна програма „Околна среда“ в съдебно заседание, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна. Счита, че издаденият акт е в съответствие с всички законови разпоредби. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София град, в настоящия състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Министерството на регионалното развитие и благоустройството е уведомено с писмо изх. № 1-018-0001-2-802/08.11.2022 г. на УО на ОПОС, съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, за вида на констатираните нарушения при осъществен контрол за законосъобразност на горепосочената обществена поръчка и сключения в резултат на нея договор с „К. 6 РПИП“ Д.- изпълнител, както и за размера на финансовата корекция, като му е предоставена възможност за възражения, ведно с доказателства в двуседмичен срок- 14 (четиринадесет) календарни дни, считано от датата на получаване на писмото.

В писмо изх. № 1-018-0001-2-802/08.11.2022 г. на УО на ОПОС, са описани установени 2 (два) броя нарушения с финансов ефект, както следва:

1. Наличие на критерии за подбор, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка в нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП. На основание т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба 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., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 март 2020 г., е определена финансова корекция в размер на 5% по Договор № РД-02-29-230/26.09.2022 г. с изпълнител „К. 6 РПИП“ Д. на стойност 789 789 без ДДС, тъй като са получени повече от две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

2. Незаконосъобразно сключен договор за обществена поръчка в нарушение на чл. 112, ал. 1, т. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 64, ал. 1, т. 2 и чл. 2, ал. 1 от ЗОП. На основание т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба 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., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020 г., е определена финансова корекция в размер на 25% по Договор № РД-02-29-230/26.09.2022 г. с изпълнител „К. 6 РПИП“ Д. на стойност 789 789 лв. без ДДС.

В срока, предоставен с писмо с изх. № 1-018-0001-2-802/08.11.2022 г., в съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ е депозирано възражение от бенефициента публикувано в информационна система ИСУН с изх. № 70-00-1068(32)/22.11.2022 г., с което се оспорва основателността и размера на първоначално определената финансова корекция, с приложени доказателства.

С оспорваното в настоящото производство Решение от 28.11.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, е определена финансова корекция в размер от 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключен договор № РД-02-29-230/26.09.2022 г. с изпълнител „К. 6 РПИП“ Д. на стойност 789 789 лева без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ. УО в своето решение е констатирал единствено нарушение на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, като по отношение на нарушението по т. 2 от писмо изх. № 1-018-0001-2-802/08.11.2022 г. на УО на ОПОС възражението е прието за основателно. УО е счел, че въвеждането на критерии за подбор по отношение на техническите и професионални способности е предвидено в чл. 63 и чл. 64 от ЗОП, като в оперативната си самостоятелност, възложителят съобразно цитираните разпоредби определя съответните изисквания към участниците, но в рамките на императивното изискване на чл. 59, ал. 2 от ЗОП. Разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП съдържа два ключови момента, критериите да са необходими за установяване на възможността на участниците да изпълнят поръчката и да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. С оглед на това границите на неговата оперативна самостоятелност при определяне на критериите за подбор са от една страна, определени в чл. 59, ал. 1 от ЗОП като сфера, до която се отнасят, а от друга - в чл. 59, ал. 2 от ЗОП, като съдържание с оглед на изискването да бъдат ограничени до тези, които са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката при съобразяване с нейния предмет, стойност, обем и сложност и от трета - с оглед на изискванията на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. В случая, поставените условия са ограничителни предвид разубеждаващото им въздействие и възпрепятстване от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с квалифицирани лица, не

изпълняват поставените от възложителя изисквания.

Приета по делото е административната преписка.

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

Жалбата е подадена в срок, от лице с правен интерес и срещу акт, за който изрично е предвидено в чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество е неоснователна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, 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. Приетите от Министерски 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., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в "Държавен вестник". Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Оспореното решение представлява индивидуален административен акт съгласно чл. 73, ал. 1 вр. чл. 69 вр. чл. 27 от ЗУСЕФСУ и е издадено от компетентен орган. Съгласно чл. 73, ал. 1 от 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 ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Ръководител на управляващия орган в настоящия случай е Министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-913/10.10.2022 г. /лист 15/, на основание чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ и чл. 5 от Устройствения правилник на МОСВ, на основание чл. 18, ал. 1 от Наредба № Н-3 от 22.05.2018 г. и във вр. с регламент № 1303/2013 на ЕП и на Съвета, е възложил функциите ръководител на управляващ орган по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ на Г. С. - главен директор на главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ в МОСВ.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в

едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е спазена. Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Спазена е разпоредбата на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, като на жалбоподателя е дадена изрична възможност за възражения в 2-седмичен срок и такива са депозиранни. Подадените възражения са подробно обсъдени, като по всяко едно е изразено мотивирано становище на УО. Оспореното решение е издадено в едномесечния срок от представяне на възраженията, така както е предвидено в нормата на чл. 73 ал. 3 от ЗУСЕФСУ.

Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Дефиниция на понятието „нередност“ се съдържа в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общоприложими разпоредби на 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, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент /ЕО/ № 1083/2006 на Съвета, а именно "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 последици нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправомерен разход в бюджета на Съюза".

Съгласно посочената легална дефиниция, при определянето на едно действие или бездействие на стопански субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1/ Доказано нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект; 2/ има или би имало за последици нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет и 3/ доказана причинна връзка между нарушението и вредата.

Съгласно Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции при определянето на корекциите се вземат предвид: характерът и тежестта на нарушението от една страна и финансовото му отражение от друга. Тоест стои в причинно-следствена връзка и има/или би имала за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход.

В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

На основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансова подкрепа със средства от

ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция 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.

По отношение на констатираното нарушение:

Наличие на критерии за подбор, които водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Констатирано е нарушение на чл. 59, ал. 2, вр. чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

Съгласно чл. 59, ал. 2 от ЗОП Възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП 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.

В документацията за обществена поръчка, в частност в обявлението за поръчка, към изискванията за технически и професионални способности са заложени следните изисквания: В обявлението и в документацията за участие е формулирано като минимално изискване за Ключов експерт 7: Финансист да притежава „опит в изготвянето и/или контрол и/или проверка на финансов и/или икономически анализ/и в отрасъл водоснабдяване и канализация“, а за Ключов експерт 12: Юрист да притежава „опит в предоставяне на юридическа/и услуга/и, свързана с отрасъл водоснабдяване и канализация“.

Според УО условието специалистите да притежават опит в отрасъл водоснабдяване и канализация е безспорно ограничително разубеждаващо и възпрепятстващо от участие на тези потенциални кандидати, които въпреки че разполагат с квалифицирани лица, не изпълняват поставените от възложителя изисквания.

Жалбоподателят оспорва така установеното нарушение, като счита, че изискването е обусловено от специфичния предмет на поръчката.

Необходимата експертиза е пряко и непосредствено обвързана с предмета на контролираната обществена поръчка, т.е. експертите следва да имат професионална компетентност, която им позволява да проверят съставените документи при изготвяне на РПИП за съответствие с Техническата спецификация за РПИП и за съответствие с приложимите към тях нормативни актове.

Безспорно, нормата на чл. 63, ал. 1, т. 5 ЗОП дава възможност на възложителя да изисква от кандидатите да разполагат с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката в случай, че изискването не се използва като показател за оценка на офертите. При всички случаи обаче, съгласно чл. 59, ал. 2 ЗОП, възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Еднопосочна е практиката на Върховния административен съд, в която е застъпено становището, че в оперативната самостоятелност на възложителя е да определи какви да бъдат изискванията към участниците, като свободната му преценка се ограничава от разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Т. е. същият няма право да ограничава конкуренцията чрез включването на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществени поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

В настоящия случай възложителят не се е съобразил с границите на предоставената му от ЗОП оперативна самостоятелност. Обосновано е залагане на критерий за подбор за доказване на опит по отношение на експерти в отрасъл водоснабдяване и канализация. Заложените изисквания обаче са по отношение на експерт финансист и юрист. Професионалната квалификация нужна за извършването на дейността заложена в обществената поръчка не изисква специфичен опит в определен тип отрасъл, тъй като в сферата на тяхната професионална компетентност е изготвянето на финансови и икономически анализи от страна на финансиста и юридически услуги от страна на юриста. Опит в изготвянето на финансови и икономически анализи от страна на финансиста и юридически услуги от страна на юриста, свързани с отрасъл водоснабдяване и канализация се явява необосновано и ограничително.

Съдът намира, че възложителят включва условия/изисквания, които

необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. Постановените изисквания следва да бъдат определени по такъв начин, че да не дават предимство или необосновано да ограничават участието в обществената поръчка на икономическите оператори и да бъдат съобразени с предмета и обема на процедурата, да не нарушават конкуренцията и да нямат разубеждаващ ефект върху участниците.

С оглед на характера на нарушението и практиката на Съда на Европейския съюз за преценка на третия елемент на фактическия състав на нередността – вредата – не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на Съюза (решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU: C: 2016: 562, точка 45), което прави доказан фактическия състав на нередността. Ответникът, при идентифицирането на нередността, е приложил пропорционалния метод съобразно чл. 5, ал. 1 от Наредбата именно защото при този вид нередност невъзможно да установи реалното отражение на нарушението.

В чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности е указано, че приложимите процентни показатели на финансови корекции за нередностите по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, са посочени в Приложение № 1. Видно от т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1, предвиденият размер на финансовата корекция е 5% в 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. В съответствие с така цитираната правна регламентация и съобразявайки обстоятелството, че в процедурата по възлагане на обществената поръчка са отчетени постъпили повече от две оферти, които са отговаряли на условията за допустимост, административният орган правилно е квалифицирал нередността като такава по т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, доколкото констатираното нарушението осъществява състава на посочената нередност. Определеният размер на финансовата корекция от 5% съответства на нормативно регламентирания такъв, като органът изрично се е позовал и на разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от Наредбата.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че оспореното решение, не страда от пороци, водещи до неговата незаконосъобразност, поради което и жалбата е неоснователна и като такава следва да се остави без уважение.

С оглед изхода на спора, направеното искане и на основание чл. 143, ал. 4 от АПК, ответникът има право на сторените в производството

съдебно-деловодни разноси, които съдът определя на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 100 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Мотивиран от горното Административен съд София- град, III отделение, 73- ти състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерството на регионалното развитие и благоустройството, представявано от министъра на регионалното развитие и благоустройството срещу Решение от 28.11.2022 г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“ /ОПОС/, с което е определена финансова корекция в размер от 5 % от стойността на разходите признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020, представляващи средства по ЕСИФ, по договор № РД-02-29-230/26.09.2022 г. с изпълнител „К. 6 РПИП“ Д. на стойност 789 789 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Министерството на регионалното развитие и благоустройството, да заплати на Министерството на околната среда и водите сума в размер на 100 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд с касационна жалба, подадена в 14- дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ: