

РЕШЕНИЕ

№ 5341

гр. София, 08.09.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,
в публично заседание на 08.06.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радина Карамфилова-Десподска

при участието на секретаря Илияна Тодорова и при участието на прокурора Куман Куманов, като разгледа дело номер **80** по описа за **2020** 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 структурни и инвестиционни фондове, вр. чл. 145 и сл. от АПК.

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 29.11.2019 г. на Ръководителя на Управителния орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“ (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 2014-2020 г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по сключените договори по ОП2 № 3730/18.04.2019 г. 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 сезиращата съда жалба жалбоподателя е изложил доводи за незаконосъобразност на оспорения акт поради противоречие с материалния закон, необоснованост и

немотивираност. Излага 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. С оглед на изложеното моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт, като незаконосъобразен. Претендира разноски по делото.

Ответникът - Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“ (ОПОС, редовно призван, се представлява от главен експерт Т., който изразява становище за законосъобразността на оспорения акт. Претендира разноски по делото.

Софийска градска прокуратура, редовно призвана се представлява от прокурор К., който изразява становище за основателност на жалбата.

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 в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Не се спори по делото, че със заповед № РД-481 от 29.08.2016 г., 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.

Във връзка предоставената безвъзмездна помощ ИАОС е провела на 25.08.2017 г. 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 типове 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 разглеждане 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 е избран Консорциум „Д.-Партицип", с който е сключен договор за изпълнение № 3730 от 18.04.2019 г., 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 09.04.2019 г.

С писмо изх. № 3-003-0001-2-813 от 04.11.2019 г., ръководителят на УО на Оперативна програма „Околна сред“ 2014-2020 г. относно последващ контрол за законосъобразност на възложената обществена поръчка и сключените договори по ОП 2 и ОП е констатирал нередност и за установените нарушения на ЗОП 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 - 2020 г.

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 последният е ангажирал такова възражение с вх. № 2922 от 18.11.2019 г., в което изпълнителният директор на ИАОС е изложил доводи относно основателността и размера на финансовата корекция.

На 29.11.2019 г. било издадено решение от ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 г. (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 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 2014-2020 г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по сключените договори по ОП2 № 3730/18.04.2019 г. 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.

За да постанови обжалвания акта, РУО с оглед на резултатите от осъществения последващ контрол върху провеждането на процедурата по възлагане на поръчката в частта ѝ по обособена позиция № 2 и № 3 е констатирал две нарушения с финансов ефект: 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 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 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/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 един пример 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 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 2014-2020 г. 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 – 25%.

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 ОП2 и индивидуална в размер на 10% по ОП3 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.

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

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена в срока по чл. 149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73 ал.4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

По същество на спора:

Разгледана по същество, жалбата е основателна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК:

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, обн. ДВ, бр. 101/22.12.2015 г., в сила от 25.12.2015 г., според чл. 1 ал. 1 от същия, 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 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. 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 ЗУСЕСИФ 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 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 съобразно чл. 5 от Устройственият правилник на Министерството на околната среда и водите, приет с ПМС № 208 от 27.09.2017 г., 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 07.02.2018 г., 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 - 2020 г. е издаден в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ 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 ЗУСЕСИФ 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 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.

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 1303/2013 г. 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 А. 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.

В конкретния случай, съдът приема, че в хода на производството по налагане на финансовата корекция не са спазени процесуалните изисквания на закона, като са допуснати процесуални нарушения от категорията на съществените такива, които са довели до нарушаване правото на защита на жалбоподателя, а от там и до незаконосъобразност на наложените финансови корекции. Съображенията са следните:

Видно от мотивите на обжалвания акт, същия макар и да съдържа фактически и правни основания, то същите не изпълняват изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

Видно от съдържанието на обжалвания акт, като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатирани нарушения от страна на бенефициера, а именно незаконосъобразна методика на оценка по показател „Пазарна цена“ и незаконосъобразно отстраняване на участник в процедурата по обществената поръчка. Така констатираните нарушения са обвързани с правните норми 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 и 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. Като основание за издаване на акта за финансова корекция, в титулната част на решението е посочена нормата на чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, а в мотивната освен т.9, административният орган се е позовал и на т. 10 на с.чл.

Съгласно текста на т. 9 на чл. 70, ал.1 от ЗУСЕСИФ /изм. Държавен вестник, бр. 85 от 24.10.2017 г./, в сила от 24.10.2017 г. като основание за определяне на финансова корекция е нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от закона. Глава четвърта от закона регламентира изрично приложимостта на Закона за обществените поръчки по отношение на бенефициерите, които са възложители по смисъла на закона, и приложимостта на регламентираните в главата правила по отношение на бенефициерите, които нямат това качество.

Със изменението на ЗУСЕСИФ Държавен вестник, бр. 85 от 24.10.2017 г., е създадена т. 10, предишна т. 9, която гласи, че финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средствата на ЕСИФ.

Видно от анализа на така цитираните норми, Ръководителят на УО неправилно се е позовал едновременно и на двете норми. Приложима в случая е нормата на т. 9 на чл. 70, ал.1 от ЗУСЕСИФ. Наред с това алинея 2 на чл. 70 ЗУСЕСИФ изрично предвижда, че нередностите, за които се извършват финансови корекции по алинея 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Този нормативен акт е 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. Когато ръководителят на Управляващия орган установи нарушение на правилата за определяне на изпълнител от бенефициер, той трябва да се позове само на точка 9, като посочи и конкретно нарушените правила. В случая органът е приел в мотивите си нарушение на правилата на Закона за обществените поръчки и се е позовал на т. 11 и 15 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Но

предвидените в приложението размери на финансови корекции са относими само и единствено за нередностите по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕСИФ, а не и за нередностите по следващата точка 10. Точка 10 е правно основание, което е приложимо само тогава, когато нито една от предходните хипотези не е приложима – законодателят изрично сочи „за друга нередност“, т.е. такава, която не се обхваща от нито една от останалите девет. Следователно точка 10 не е правно основание, което отговаря на фактическите основания, сочени от органа за определяне на финансова корекция. Точки 11 и 15 от Приложение № 1 не са правна норма за определяне на размер на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 10 ЗУСЕСИФ.

Наред с това в мотивите на обжалвания акт ръководителя на УО е посочил по отношение на констатацията за незаконосъобразна методика за оценка на офертите, че заложените от възложителя показатели за оценка са в нарушение на чл. 70, ал. 2, т. 3 и ал. 7, т. 3, вр. чл. 2, ал. 2 ЗОП.

Всички посочени по-горе за нарушени правни норми се съдържат в Глава осма на ЗОП, озаглавена „Критерии за възлагане на поръчките. Видове критерии за възлагане“ Нормата на чл. 70, ал. 1 регламентира, че обществените поръчки се възлагат въз основа на икономически най-изгодната оферта, тази на ал. 2 предвижда един от критериите за възлагане, а именно – „оптимално съотношение качество/цена“, без да съдържа конкретно правило за изпълнение от възложителя, поради което посочването ѝ не е достатъчно, за да се опише твърдяното нарушение на националното законодателство. Алинея 7 от с.р.регламентира, че в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите; 3. 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 определимите 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.

Анализът на така посочените норми води до извода за поставени от законодателя различни изисквания за възлагане на обществените поръчки, всяко от които следва конкретно да е съотнесено към фактическите основания, послужили за издаването на акта и доведено до знанието на адресата на акта. 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 допуснато 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“. Нещо повече – т. 3 в нейната цялост 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 административният орган 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.

Следва да се посочи също така, че позоваването на чл. 2, ал. 2 ЗОП като част от нарушените разпоредби не е достатъчно, за да се обоснове правен извод за незаконосъобразна методика, тъй като така посочената норма не съдържа конкретни правила относно съдържанието на методиката.

Констатираните по-горе противоречия водят до неяснота при изразяване на волята на Ръководителят на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, респективно до невъзможност на жалбоподателя да организира защитата си по адекватен начин, както и до пречатване на съдебния контрол по съществуващото на спора.

Според чл. 59, ал.1 от АПК административния орган издава акт или отказва издаването му с мотивирано решение, при което нормата на ал. 2, т. 4 от същият текст изисква като задължителен реквизит акта да съдържа фактическите и правни основания за издаването му, а ал. 2, т. 5 - разпоредителна част, с която да се определят правата или задълженията, начинът и срокът за изпълнението им. Неспазването на установените нормативни изисквания, има за последица постановен в съществено нарушение на закона административен акт. Изискването за обосноваване на административния акт е една от гаранциите за законосъобразност на същия, които законът е установил за защитата на правата и правнозащитените интереси на гражданите и организациите - страни в административното производство. С излагането на мотивите и постановяването на ясна и точна разпоредителна част се довеждат до знанието на страните съображенията, по които административният орган е издал или е отказал да издаде искания административен акт и конкретните права и задължения, които този акт поражда като последица. Това дава възможност на страните да изберат и съответната защита срещу такива актове. От друга страна, наличието на мотиви и ясна разпоредителна част прави възможен контрола върху законосъобразността и правилността на акта, упражняван при обжалването му пред по-горния административен орган и пред съда.

Следователно решението е постановено при пълно противоречие на фактически установявания и правни основания за постановяването му, водещо до допуснато процесуално нарушение от категорията на съществените такива, които са довели до нарушаване правото на защита на жалбоподателя, а от там и до незаконосъобразност на наложената финансова корекция.

Следва да се посочи, че съдът не следва да допълва мотивите на административния акт, а единствено да извърши проверка за съответствието му с действителните факти и обстоятелства по случая и съотнасянето им с приложимата правна норма. В случая фактите и обстоятелствата, обосноваващи констатираните нарушения, са в несъответствие с посочените като нарушени норми и посочени от УО на ОПОС като основание на налагане на финансовата корекция поради което, не се обосновава приложението на посочените правни норми и не представлява основание налагане на финансовата корекция към момента на постановяване на оспореното решение.

Относно втората констатацията на УО, а именно за незаконосъобразно отстраняване на един от участниците в процедурата по обществената поръчка, настоящият състав на съда приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция на това основание не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, но е налице противоречие на акта с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона, като оплакванията в жалбата, в тази насока са основателни.

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. 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 от фактите по делото, че по обособена позиция № 2 е отстранен участника ДЗЗД „Е.“ на етап разглеждане на ценово предложение. Констатирано е 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. Неправилно административният орган е приел в обжалвания акт, че изискването на разяснения касаящи начина на формиране на ценовото предложение от участника ДЗЗД „Е.“ е такова без да съществува неяснота и годна предпоставка за осъществяване на същото.

Според чл. 54, ал. 13 ППЗОП "При извършването на предварителния подбор и на всеки етап от процедурата комисията може при необходимост да иска разяснения за данни, заявени от кандидатите и участниците, и/или да проверява заявените данни, включително чрез изискване на информация от други органи и лица". Визираната разпоредба сочи на правомощие, което Комисията упражнява по свое усмотрение и при наличие на необходимост от разяснения на налични, заявени данни.

Именно като е приложила изискването на чл. 54, ал. 13 от ППЗОП за изискване на обяснения относно начина на формиране на цената, бенефициера е гарантирал равнопоставеност и прозрачност при провеждане на обществената поръчка. Комисията е посочила необходимостта от така предприетите действия, като същите са отразени в съставения протокол, а именно с оглед спецификата на обществената поръчка и липсата на значителна конкуренция в областта.

Следователно като е отстранил участникът, който не е представил в срок изисканата допълнителна информация, бенефициерът не е допуснал нарушение на чл. 107, т. 2, б. „а“, вр. чл. 2, ал. 1 ЗОП, а изводът на административния орган е неправилен.

С оглед императивните правила на чл. 101, ал. 5 ЗОП и чл. 104, ал. 5 от с.з, комисията не е могла да предприеме друго освен да отстрани участника от участие в провежданата обществена поръчка. Освен това, следва да се посочи, че функцията на разясненията е да се даде допълнителна яснота по вече заявени данни, като следва да се има предвид и, че проверката и разясненията не могат да водят до промени в техническото и ценовото предложение на участниците съобразно чл. 104, ал. 5, изречение последно от ЗОП. Помощният орган на възложителя е изразил изчерпателно и подкрепено с конкретни аргументи становище във връзка с това кой от задължителните елементи не е изпълнен.

В случая, комисията е изпълнила въведеното ѝ от закона задължение, и в пълен обем е изпълнена целта на ЗОП, предвиждащ, че при провеждането на една процедура за възлагане на обществена поръчка следва да се осигури ефективно разходване на публичните средства, което е прокламирано и в разпоредбата на чл. 1 от ЗОП.

Въз основа на изложеното, съдът намира, че не е изпълнен съставът на „нередност“ и определената с оспорения акт финансова корекция е незаконосъобразна. Следва да бъде посочено, че в оспореното решение липсват мотиви относно начинът на определяне на основата на финансовата корекция.

С оглед на изложеното решението се явява незаконосъобразно, поради което жалбата срещу него следва да бъде уважена, а решението от 29.11.2019 г., отменено изцяло.

По разноските по производство:

С оглед изхода на спора и своевременно направеното искане за присъждане на съдебни разноски, на основание чл. 143, ал.1 от АПК съдът следва да осъди ответника да заплати на ИАОС претендираните разноски в размер на 200 лева, юрисконсултско възнаграждение и държавна такса в размер 5613.57 лева.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, трето отделение, 70 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на ИЗПЪЛНИТЕЛНАТА АГЕНЦИЯ ПО ОКОЛНА СРЕДА (ИАОС), ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], представлявана от изпълнителния директор Г. Б., решение от 29.11.2019 г. на Ръководителя на Управителния орган (УО) на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“ (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 2014-2020 г. разходи, представляващи средства от ЕСИФ по сключените договори по ОП2 № 3730/18.04.2019 г. 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.

ОСЪЖДА Министерство на околната среда и водите да заплати на ИЗПЪЛНИТЕЛНАТА АГЕНЦИЯ ПО ОКОЛНА СРЕДА (ИАОС), ЕИК:[ЕИК], сумата от общо 5813.57 лева, разноски по делото.

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

СЪДИЯ: