

РЕШЕНИЕ

№ 5301

гр. София, 08.08.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 78 състав,
в публично заседание на 11.05.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Пенка Велинова

при участието на секретаря Таня Миткова, като разгледа дело номер **2309** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на „Ес Ер Т.(Ес Ер Те)“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], срещу Решение за налагане на финансова корекция от 08.02.2023г., издадено от ръководителя на ОПОС. Жалбоподателят оспорва решението като издадено в нарушение на производствените правила и на материалния закон. Излагат се съображения за липса на мотиви за тежестта на нарушението, което препятствало правото на защита, за липсата на аргументи за наличие на основанието по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Оспорва се извършването на нарушения и квалификацията им като нередност. Иска се отмяна на решението и се претендират разноски.

В съдебните заседания процесуалният му представител поддържа жалбата и моли тя да бъде уважена. Оспорва твърденията на представителя на административния орган за неспазен срок за подаване на жалбата и излага подробни съображения в писмени бележки.

Представителят на ответника оспорва жалбата. Иска прекратяване на наказателното производство, поради просрочие на жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

СГП не е встъпила в процеса.

Съдът, като се запозна със становищата на страните и разгледа приложените по делото писмени доказателства, намери следното: Фактите, описани в решението не са спорни между страните. Те се повърждават и от приложените по делото писмени

доказателства, част от тях във вид на заверено копие на хартиен носител, които се намират в кориците на делото, а други – във вид електронно заверени преписи на документи на диск в два екземпляра – за съда и страната. Съдът намира, че тези документи може да се ползват по делото, по следните съображения: Съгласно чл. 3, ал. 1 от ЗЕДЕП, електронен документ е електронно изявление, записано върху магнитен, оптичен или друг носител, който дава възможност да бъде възпроизведено, а ал. 2 гласи, че писмената форма се смята за спазена, ако е съставен електронен документ. Част от представените на диск документи електронни документи, а други – съставени на хартия, всичките записани на оптичен носител и заверени с електронен подпис на служител в МОСВ – Й. К. Т.. Електронната заверка на тези документи има характер на писмена заверка, съгласно чл. 3 от ЗЕДЕП. Тя удостоверява верността на представените копия с оригиналите, които се намират в МОСВ. Нито един от документите не е оспорен от страните. Поради което тези документи имат характер на официални преписи, удостоверяващи както датата на заверката, така и органа.

Не е спорна между страните и се установява от писмените доказателства по делото следната фактическа обстановка: Дружеството жалбоподател е бенефициент по административен договор Д-34-22/17.02.2022г. с МОСВ, като управляващ орган /УО/ на “Околна среда 2014-2020”/ОПОС/. По него е получател на безвъзмездна финансова помощ /БФП/ в размер на 390 610лв. по проект на ИСУН BG16M10P002-2.009-0034 „Система за автоматизирано разделно събиране на употребявани опаковки от безалкохолни напитки в училища и ответно даване на бонуси“ Оперативна програма: “Околна среда 2014-2020”, със срок – 19 месеца от подписване на договора/адм. договор – електронен документ - файл ADBFP D-34-22_17022022_ES ER TE_sign/.

Във връзка със сигнал за нередност 1168 е осъществен последващ контрол за законосъобразност на изпълнение на договора, във връзка с избор на изпълнител по публична покана по ПМС №160/2016 г. с предмет: „Избор на изпълнител за организиране и провеждане на кампании за популяризиране на резултатите от проекта“ и сключен договор № BG16M10P002-2.009-0034-C02/Su-03/12.01.2023 г. с изпълнител „Ивентс БГ“ ЕООД, на стойност 57 800,00 лв. без ДДС. При проверката е установено, че като показател в методиката за оценка на изискване за подбор на кандидатите, в раздел Ш.2.3) Технически възможности и/или квалификация публичната покана с предмет на процедурата „Избор на изпълнител за организиране и провеждане на кампании за популяризиране на резултатите от проекта“, дружеството е поставило следното изискване - „Минимални изисквания (когато е приложимо): Минимум двама експерти:

Експерт № 1:

- с общ професионален опит - минимум 5 години
- Със специфичен опит в областта на организиране на събития, реклама и връзки с обществеността - минимум 5 години.

Експерт № 2:

- с общ професионален опит - минимум 3 години
- Със специфичен опит в областта на организиране на събития, реклама и връзки с обществеността - минимум 3 години

В същата покана, в раздел IV, т. 1) Критерии за оценка на офертите от публичната покана, показателите за оценка на офертите, който се отнася до методиката за оценка на офертите, са установени следните критерии:

„1. Ц. - тежест 30%

1. Срок за организиране и изпълнение на откриващите събития - тежест - 40%

2. Професионална компетентност на персонала - 30%.

Показател 3 /К/ - Професионална компетентност на персонала, се определя на база на оценка професионалния опит и квалификационно ниво на всеки един от предложените експерти за изпълнение на поръчката. Максимален брой точки - 10 и относително тегло в комплексната оценка — 0,30 “./публична покана – електронен документ – файл ПП.1.sign и ПП.1.sign /.

Административният орган е приел, че с включване на това изискване в поканата е допуснато нарушение на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. Описание на установените факти и мотиви за това, защо е приел извършено нарушение, е изложил в писмо 2-009-0034-2-50/26.01.2023г. на Ръководителя на ОПОС/файл pismo_predlojena_FK.sign /, с което дружеството е уведомено за следното: Нормата на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. предвиждала, че бенефициентите нямат право да включват критерии за подбор на кандидатите за изпълнители в процедурата като показатели за оценка на офертите, в смисъл че вече заложили критерии за подбор не следва да се включват в методиката за оценка като показатели за оценка. Нямало пречка бенефициентът да заложи в методиката за оценка оценяване на натрупания от експертите опит. Натрупаните знания и умения можели да бъдат заложили и само като критерий за подбор, но било недопустимо професионалната компетентност да присъства едновременно като такъв по смисъла на чл. 3, ал. 13 от ПМС № 160/2019 г. и като показател за оценка в съответствие с чл. 3, ал. 4, т. 3 от ПМС № 160/2016 г. След като наличието на определен професионален опит било заложило като изискване за професионални възможности, т. е. критерий за подбор, това позволявало в случай на установяване на липса, непълнота и/или несъответствие на информацията, касаеща именно този критерий за подбор, на участниците да се предостави възможност да представят нова информация, да допълнят или да пояснят представената информация, съгласно чл. 8, ал. 1 и 2 от ПМС № 160/2016 г. Ако някой от предложените експерти не отговарял на заложените от възложителя условия, то той можело да бъде заменен с друг, което щяло да доведе до изменение в техническото предложение на участниците, което било недопустимо. Промяна щяла да настъпи и в оценката, която участникът би получил по показател 3 К, тъй като предложеният нов експерт щял има различен професионален опит. Именно с цел избягване на такъв недопустим по закон резултат, законодателят бил предвидил забраната на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. Описаното нарушение представлявало нередност по смисъла на т. 11, б. б) от Наредбата за посочване на нередности. Налице било минимално ниво на конкуренция, т.е. получени били три оферти, които били допуснати и отговаряли на критериите за подбор. За тази нередност била предвидена финансова корекция в размер на 5% от стойността на договора. Нарушението на чл. 3, ал. 16 от ПМС 160/2016 г. се категоризирало като нередност по смисъла на т. 11, б. „б“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017 г., във връзка с раздел 1.2.2 от Насоките за определяне на финансови корекции относно финансирани от ЕС разходи за несъответствия с приложимите правила за обществени поръчки, приети с решение на Европейската Комисия от 14.05.2019 г. (C(2019)3452). Те се отнасяли и за договори, които не са предмет на директивите за обществени поръчки, но са сключени в резултат на проведена обществена поръчка съгласно националното законодателство в областта на обществените поръчки, какъвто бил и

подзаконовият нормативен акт на национално ниво - ПМС 160/2016г. Насоките били приложими и ако националните правила изрично изисквали от бенефициентите на средства от ЕС да спазват националните правила за обществени поръчки или подобни правила, дори ако тези бенефициенти не са възлагащ орган, както е определено в директивите. В конкретния случай дружеството се явявало възложител по смисъла на чл. 1, ал. 1 на ПМС 160/2016 г., а доколкото и установеното нарушение на чл. 3, ал. 1б от ПМС 160/2016г., представлява именно случай на нарушение на националните правила в областта на обществените поръчки, изразяващо се във включване като показател в методиката за оценка на изискване за подбор на кандидатите, и доколкото същото попадало в категориите нередности по смисъла на Насоките и Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г., то в този случай била налице предпоставка установеното нарушение, да се определи по аналогия с видовете нередности, установени в горесцитираната наредба. За посочената категория нередност следвало да се определи финансова корекция в размер на 5 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи, представляващи средства от ЕФСУ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕФСУ (заглавие изменено, обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г.) по сключения договор № BG16M10P002-2.009-0034-C02/Su- 03/12.01.2023 г. с изпълнител „Ивентс БГ“ ЕООД, на стойност 57 800,00 лв. без ДДС.

С писмото е указано, че в 14-дневен срок от датата на получаването му дружеството може да представи своите писмени възражения и при необходимост да приложи доказателства.

В законния срок е постъпило възражение/файл с име „възражение фк ес ер те.sign“/. В него се излага следното: В критерий за подбор по отношение на кандидатите, за наличие на минимум двама експерти, единият от които да е със специфичен професионален опит от пет години, а другият от три, били зададени като минимум с оглед спецификите на таргет аудиторията, към която следвало да се насочат предстоящите за организиране събития. Мероприятия щели да се проведат в учебни заведения и било необходимо да бъдат съобразени с възрастовите и психологическите специфики на детската аудитория. Не всеки експерт можел да се справи с тази специфична задача и без тези критерии не можело да се изпълни възложеното. Те не подлежали на оценка и не носили или не отнемали точки, т.е. не участвали в критериите за оценка, а били предпоставка за достигане до етапа на оценка. Критерият за оценка “Професионална компетентност на персонала“ имал за цел възложителят да получи търсената услуга от изпълнител, който освен че отговарял на минимално необходимите изисквания за експерти, разполагал и с възможно най-квалифицираните такива, с дългосрочен практически опит. Предмет на оценка тук не бил критерият за допустимост, а възможно по- високата професионална компетентност на кандидата, която щяла да донесе по- качествено предоставяне на търсените услуги. Този критерий за оценка надграждал и съответно предпоставял възможността на изпълнителя да предостави по- качествено изпълнение, затова и носил точки в класирането.

Възразява се и срещу квалификацията на твърдяното нарушение като такова, представляващо нередност по смисъла на т. 11, б. Б от Наредбата за посочване на

нередности. Оспорва се методиката да е ограничила достъпа на кандидатите или участниците, съответно да представлява дискриминационен критерий/условие. Оспорва се наличието на основание по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ – наличие на 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. Сочи се, че липсват каквито и да било мотиви по отношение на възможността за нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, която да е в пряка причинно- следствена връзка с констатираното нарушение, което е задължителен елемент от фактическия състав на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ.

Възражението не е уважено и е издадено обжалваното решение на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда 2014 - 2020 г.“ (УО на ОПОС), с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73 от ЗУСЕФСУ (заглавие изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), на дружеството жалбоподател е наложена 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 разходи по сключения договор за изпълнение на обособена позиция № BG16M10P002-2.009-0034-C02/Su-03/12.01.2023 г. с изпълнител „Ивентс БГ“ ЕООД, на стойност 57800,00 лв., без ДДС, с предмет „Избор на изпълнител за организиране и провеждане на кампании за популяризиране на резултатите от проекта“. Финансовата корекция е наложена по регистриран сигнал за нередност №1168, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и на основание т. 11,б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., за допуснато нарушение по чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г.

Относно фактите на които се базира корекцията, решението препраща към писмо изх. № 2-009-0034-2-50 от 26.01.2023 г. Изложени са следните допълнителни мотиви за налагане на финансовата корекция: Съгласно писмо изх. № 2-009-0034-2-50 от 26.01.2023 г. на УО на ОПОС, констатираното нарушение по договор № BG16M10P002-2.009-0034-C02/Su-03/12.01.2023 г., с изпълнител „Ивентс БГ“ ЕООД, е незаконосъобразно включване на показател в методиката за оценка на изискване за подбор на кандидатите, в нарушение на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. В цитираното писмо, което било неразделна част от административната преписка, подробно били изложени констатациите на УО на ОПОС и мотивите за налагане на финансова корекция. В допълнение УО на ОПОС излага следното: Органът бил наясно със същността и целите на поставения критерий за подбор на участниците и критерия за оценка „Професионална компетентност на персонала“, като в писмото си изрично бил посочил, че „По принцип, няма пречка бенефициентът да заложи в методиката за оценка оценяване на натрупания от експертите опит. Натрупаните знания и умения може да бъдат заложили и само като критерий за подбор, но е недопустимо професионалната компетентност да присъства едновременно като такъв по смисъла на чл. 3, ал. 13 от ПМС № 160/2019 г. и като показател за оценка в съответствие с чл. 3, ал. 4, т. 3 от ПМС № 160/2016 г. “ В този смисъл, изложеното от бенефициента описание на двата вида критерии (за подбор и показател за оценка в методиката) не оборвал по никакъв начин установеното нарушение, изразяващо се в нарушаване на изрично нормативно ограничение, а именно вече заложили критерии за

подбор да не се включват в методиката за оценка като показатели за оценка. Допълнително следвало да бъде отбелязано, че в този смисъл била и съдебната практика на ВАС, постановена по аналогичната правна норма на чл. 70, ал. 12 от ЗОП, която също изрично постановявала, че „Възложителите нямат право да включват критерии за подбор като показатели за оценка на офертите“. Така според решение № 12079 от 09.10.2018 г. по адм. д. № 6543/2018 на Върховния административен съд и решение № 1888 от 12.02.2018 г. по адм. д. № 13706/2017 на Върховния административен съд, „Възложителят разполага с правото да поставя изискване за професионални възможности на участниците, изразяващо се в това последните да разполагат с персонал и/или с ръководен състав с определена професионална компетентност за изпълнението на поръчката, но само в случай че изискването не е поставено като показател за оценка на офертите.“ и „По силата на законовата забрана на чл. 70, ал. 12 от ЗОП е недопустимо професионалната компетентност да присъства едновременно като критерий за подбор по смисъла на чл. 63, ал.1, т.5 от ЗОП и като показател за оценка в съответствие с чл. 70, ал. 4, т. 2 от ЗОП“. Установеното нарушение на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г., изразяващо се в незаконосъобразно включване като показател в методиката за оценка на изискване за подбор на кандидатите, било квалифицирано като нередност по т. 11, б. б) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Точка 11, б. а) от Приложение № 1, определяла като нередност общо, в широк смисъл *използването на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничавали достъпа на кандидатите и участниците*, като изрично било посочено, че в тази категория се включвали и случаите, когато „*използвани са критерии за подбор като показатели за оценка на офертите*“. Разликата между съдържанието на букви а) и б) на т. 11 от Приложение № 1, се изразявали в различния процент финансова корекция в зависимост от липсата или наличието на минимално ниво на конкуренция, тоест дали в конкретния случай имало получени две или повече оферти, които отговарят на критериите за подбор. С оглед изричното дефиниране като нередност на използването на критерий за подбор като показател за оценка на офертите, каквото безспорно било установено в случая, било безпредметно да се излагат мотиви относно обстоятелството как методиката (и по-точно показателя за оценка в нея) е ограничила участниците или кандидатите. Нарушаването на изричната нормативна забрана на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. била нередност по смисъла на т. 11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, като в конкретния случай квалификацията била по точка б) предвид обстоятелството, че имало подадени три оферти, които отговаряли на критериите за подбор. От дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, нередност можело да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет. В случая, с оглед на характера на нарушението било обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово изражение на вредата. Обективно можело да се установи, ако бенефициентът не е допуснал нарушение на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г., колко други лица биха участвали в обществената поръчка и биха предложили оферти, както и дали тези оферти биха били по-конкурентни от офертата на спечелилия. За случаи като този, когато финансовото изражение на нередността (нарушението) не можела да бъде точно определено законодателят допуснал прилагането на пропорционалния метод за определяне на размера на вредата - чл. 5,

ал. 1 от Наредбата. В т. 11, б. б) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности бил посочен един конкретен процентен показател за определяне на финансовата корекция, а именно 5 на сто, поради което УО на ОПОС нямам друга възможност, освен да предложи налагането на посочения размер финансова корекция.

УО на ОПОС не приема за основателни изложените във възражението твърдения и аргументи. Приема, че се установява незаконосъобразно включване като показател в методиката за оценка на изискване за подбор на кандидатите, в нарушение на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г., което представлява нередност по смисъла на т. 11, б. б) от Наредбата за посочване на нередности, предвид обстоятелството, че е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са три оферти. Аргументира, че нарушението представлява „нередност“ по смисъла на чл. 2, ал. 36 от Регламент № 1303/2013 и чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ (заглавие изм., ДВ, бр. 51/2022 г., в сила 01.07.2022 г.), тъй като са налице всички елементи от фактическия ѝ състав, а именно:

- Налице е нарушение на приложимото българското законодателство, а именно нарушение на разпоредбата на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. - заложен критерий за подбор е включен и като показател в методиката за оценка на офертите;

- Нарушението е извършено чрез действие на бенефициента, тъй като с публичната покана е нарушил забраната да се включват критерии за подбор на кандидатите за изпълнители в процедурата като показатели за оценка на офертите.

- П. поведение, изразяващо се в нарушение на приложимото българско законодателство, има или би могло да има за резултат ощетяването на бюджета на Европейския съюз, доколкото при липса на констатираното нарушение е би могло да бъде реализирано възлагане при по-благоприятни икономически оферти.

Органът аргументира, че са налице основанията на т. 11, б. „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 (приета с ПМС №57 от 28.03.2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 6 март 2020 г.) във връзка с раздел 1.2.2 от Насоките за определяне на финансови корекции относно финансирани от ЕС разходи за несъответствия с приложимите правила за обществени поръчки, приети с Решение на Европейската Комисия от 14.05.2019г. (С(2019)3452). Съгласно посочения обхват на приложение на Насоките, в същия попадали и договори, които не са предмет на директивите за обществени поръчки, но били сключени в резултат на проведена обществена поръчка съгласно националното законодателство в областта на обществените поръчки, какъвто бил и подзаконовият нормативен акт на национално ниво - ПМС 160/2016 г. Освен това, Насоките били приложими и ако националните правила (включително договорни условия или условия за безвъзмездна помощ) изрично изисквали от бенефициентите на средства от ЕС да спазват националните правила за обществени поръчки или подобни правила, дори ако тези бенефициенти не са възлагащ орган, както е определено в директивите. Дружеството се явявало възложител по смисъла на чл. 1, ал. 1 на ПМС 160/2016 г., а доколкото и установеното нарушение на чл. 3, ал. 16 от

ПМС 160/2016г. представлявало именно случай на нарушение на националните правила в областта на обществените поръчки, изразяващо се в незаконосъобразно използване на критерий за подбор като показател за оценка на офертите, и доколкото същото попадало в категориите нередности по смисъла на Насоките и Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017 г., то била налице предпоставка, установеното нарушение, да се определи по аналогия с видовете нередности, установени в наредбата.

С тези мотиви и на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73 от ЗУСЕФСУ(заглавие изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), вр. т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., за допуснатото нарушение по чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г., на дружеството жалбоподател е наложена 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 разходи по сключения договор за изпълнение на обособена позиция № BG16M10P002-2.009-0034-C02/Su-03/12.01.2023 г. с изпълнител „Ивентс БГ“ ЕООД, на стойност 57 800,00 лв., без ДДС, с предмет „Избор на изпълнител за организиране и провеждане на кампании за популяризиране на резултатите от проекта“.

Решението е изготвено в писмена форма и е качено в системата ИСУН НА 08.02.2023г. , като е отворено на същата дата/л. 18/. На 10.02.2023г. е връчено на дружеството и по пощата/л. 35-37/.

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. Съдът не приема, че решението е връчено на 08.02.2023г. Чл. 22, ал. 3 от ЗУСЕФСУ предвижда, че когато производствата пред управляващите органи по този закон се провеждат посредством ИСУН, съобщаването на индивидуалните административни актове, издадени в тези производства, се извършва чрез съобщение в ИСУН до съответния кандидат или бенефициент, като към съобщението е прикачен съответният акт. Актът се счита за връчен с изпращането на съобщението в ИСУН а според ал. 4, когато производствата пред управляващите органи по този закон не се провеждат посредством ИСУН, съобщаването на индивидуалните административни актове, издадени в тези производства, се извършва по реда на Административнопроцесуалния кодекс.

Допълнителна регламентация на дейността на системата ИСУН е дадена в Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ИСУН) и за провеждане на производства пред управляващите органи посредством ИСУН. В чл. 35 от нея е записано, че решенията за финансови корекции се изготвят чрез ИСУН като електронни документи и в решението се посочва мястото на съхранение на документа

в електронна форма и начина на достъпа до него. Процесното решение не е издадено в тази форма, а като pdf файл, от което следва, че производството по издаване на решението не е проведено посредством ИСУН и за връчването му важат правилата на чл. 22, ал. 4 от ЗУСЕФСУ. Съдът приема, че решението е връчено на 10.02.2023г. и жалбата е подадена в срок.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна.

Обжалва се акт за определяне на финансова корекция. Съдът прие, че решението е издадено от компетентен орган – Главен директор на главна дирекция ОПОС при МОСВ, съгласно заповед РД-913/10.10.2022г./л. 17/ на Министъра на околната среда и водите. В тази връзка взе предвид следното: Предвид нормата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер от ръководителя на съответния управляващ орган. Съгласно чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, органи по програмите по чл. 3, ал. 2, финансирани със средства от ЕФСУ, са управляващите органи, счетоводните органи и одитните органи. Съгласно ал. 5 управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършване на финансови корекции, като ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или овластено от него лице. В чл. 33, ал. 2 от Устройствения правилник на МОСВ е предвидено, че Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“ изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПОС за програмния период 2014-2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности. ГД ОПОС се ръководи от главен директор. С приетата като писмено доказателство по делото заповед на министъра на околната среда и водите се установяват правомощията на главния директор на ГД ОПОС в МОСВ да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г. във вид и обем, определен в нормативната уредба.

Решението е издадено в предвидената от закона /чл. 59, ал. 2 АПК/ писмена форма. Съдържа фактическите и правни основания за издаването му. По отношение на фактите на нарушението, актът изрично препраща към писмо 2-009-0034-2-50/26.01.2023г., като е посочено, че то е неразделна част от административната преписка. В решението са описани допуснатите нарушения на закона, осъществяването на отделните елементи от състава на констатираните нередности, основанието за определяне на финансовата корекция и размера ѝ. То съдържа мотиви за посочената нередност и отговаря на законовите изисквания за форма и необходимо съдържание, мотивиращо властническото волеизявление.

Спазена е уредената в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ процедура за определяне на финансовата корекция по основание и размер. Преди издаването на решението е осигурена възможност бенефициентът да представи становище и доказателства в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици. Решението е издадено в едномесечния срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви са обсъдени направените възражения. В случая доказателства не са представени с

възражението.

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

Съгласно чл. 1, § 1 на Регламент № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 г. относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности /Регламент № 2988/95/, за целите на защитата на финансовите интереси на Европейските общности, с настоящото /регламента/ се приемат общи правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността.

Според чл. 1, § 2 от същия регламент „нередност“ означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността, в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало 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. Той определя общи правила за санкционирането от страна на държавата на случаите на допуснати нередности от страна на икономическите оператори.

Правилата за Европейските структурни и инвестиционни фондове за програмния период 2014 - 2020 г. са уредени в Регламент № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета от 17.12.2013 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 отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета. Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г. „нередност“ означава 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 се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г.

На основание чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. С постановление № 57 на МС от 28.03.2017 г. /ПМС № 57/2017 г./ е приета 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, в сила от 31.03.2017 г.

Съгласно разпоредбата на 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, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да се наложи финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ следва да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъдат установени от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт.

Съгласно легалната дефиниция в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета, 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. В тежест на административния орган е да докаже всички елементи от обективната страна на деянието, като даде мотивирано заключение по тях.

В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез оперативна програма „Околна среда“ за програмен период 2014 – 2020 г., поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове/чл. 1, т. 1 от Наредбата/. Конкретните нередности, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1 към наредбата/чл. 1, т. 2/.

Нарушенията, за които се налагат финансови корекции са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. В оспорения административен акт е установено нарушение на нормата на чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г. Чл. 3, ал. 1 от него предвижда, че определянето на изпълнител при провеждане на процедура за избор на изпълнител с публична покана, съгласно ЗУСЕСИФ, от страна на бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и

инвестиционни фондове, които не са възложители по смисъла на Закона за обществените поръчки, се извършва въз основа на икономически най-изгодната оферта. Ал. 16 на същия предвижда, че бенефициентите нямат право да включват критерии за подбор на кандидатите за изпълнители в процедурата като показатели за оценка на офертите.

Правилен е изводът на административния орган, че възложителят е допуснал нарушение на посочената разпоредба на чл. 3, ал. 16 от ПМС 160/2016 г., тъй като при провеждане на процедура за избор на

изпълнител с публична покана, съгласно ЗУСЕФСУ, от страна на бенефициента на безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове, които не са възложител по смисъла на Закона за обществените поръчки, е включен критерий за подбор на кандидатите за изпълнители в процедурата и като показател за оценка на офертите. Неоснователно е възражението в жалбата, че не се касае за критерий за избор на изпълнител, а за допустимост на офертата. Видно от съдържанието на поканата, професионалната компетентност на персонала е включена веднъж като изискване за допустимост на офертата и втори път в методиката за оценка на подадените оферти, като има 30% тежест при определяне на крайната оценка на постъпилите оферти. Нарушена е изричната норма на чл. 3, ал. 16 от ПМС 160/2016г., което правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ към приложение 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която се налага финансова корекция в размер на 5 % от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране, представляващи средства от ЕСИФ.

Правилни и законосъобразни са и подробно изложените мотиви за прилагане на метода при определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е определена основата на финансовата корекция. Съгласно чл. 72, ал. 3, изр. 1 от ЗУСЕФСУ, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Съгласно чл. 3, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, размерът на финансовата корекция се установява по пропорционалния метод в случаите, когато не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по договора и съответно прилагането на диференциален метод не е възможно. Конкретният случай е такъв, доколкото не е ясно какви оферти биха постъпили, ако не бе допуснато нарушението.

Предвид гореизложеното, оспореното решение е законосъобразно по всички критерии на чл.146 от АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора на ответника се дължи юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 143, ал. 3 от АПК, във връзка с чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 37 от ЗПП, във връзка с чл. 25, ал. 2 от Наредбата за заплащането на правната помощ, което с оглед характера, сложността на делото и процесуалното му развитие, съдът определя в размер на 150 лв.

По изложените съображения, съдът

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Ес Ер Т.(Ес Ер Те)“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], срещу Решение за

налагане на финансова корекция от 08.02.2023г., издадено от ръководителя на ОПОС, с което с което, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ, заглавие изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), вр. т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., за допуснато нарушение по чл. 3, ал. 16 от ПМС № 160/2016 г., на дружеството жалбоподател е наложена 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 разходи по сключения договор за изпълнение на обособена позиция № BG16M10P002-2.009-0034-C02/Su-03/12.01.2023 г. с изпълнител „Ивентс БГ“ ЕООД, на стойност 57800,00 лв., без ДДС, с предмет „Избор на изпълнител за организиране и провеждане на кампании за популяризиране на резултатите от проекта“.

ОСЪЖДА „Ес Ер Т.(Ес Ер Те)“ ЕООД, ЕИК[ЕИК], да заплати на Министерството на околната среда и водите сумата от 150 лв. - юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд на Република България в 14 – дневен срок от получаването му.

Съдия при АССГ: