

РЕШЕНИЕ

№ 3763

гр. София, 08.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 17.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова, като разгледа дело номер **2393** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от Столична община, представлявана от Кмета чрез адвокат Г. П. срещу Решение от 21.02.2022г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция от 10% от стойността на допустимите разходи по договор за ОП1 №СЕ-191/17.12.2021г. с изпълнител „ВБС Енергия“ – О. на стойност 291 983.09 лева без ДДС и по договор за ОП2 №СЕ -192/17.12.2021г. с изпълнител „ВБС Енергия“ – О. на стойност 302 999.07 лева без ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за материална незаконосъобразност на обжалваното решение, поради което моли за неговата отмяна.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Претендира присъждане на съдебни разноски.

Ответникът Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

Жалбоподателят Столична община е бенефициент по сключен с Управляващия орган

на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 административен договор за предоставяне безвъзмездна финансова помощ ДБФП № Д-34-99/09.10.2019г. с допълнително споразумение №Д-34-99/14.01.2021г., за изпълнение на проект № В.-5.004-0007: „Изпълнение на дейности за подобряване качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез закупуване и доставка на електрически превозни средства за шосеен транспорт - електрически автобуси и тролейбуси“.

При осъществяване на последващ контрол за законосъобразност на договор за ОП 1 № СЕ-191/17.12.2021 г. с изпълнител [фирма] - на стойност 291 983.09 лв. без ДДС и договор за ОП 2 № СЕ-192/17.12.2021г. с изпълнител [фирма] - на стойност 302 999.07 лв. без ДДС, са констатирани нарушения и наличието на финансов ефект, за което бенефициентът СО е уведомен с писмо с изх. № 5-004-0007-2-51/27.01.2022 г. по чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, за да му се даде възможност да се запознае с него и в случай, че има възражения, да ги изложи, като ги подкрепи с необходимите доказателства.

В срока по чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, бенефициентът с писмо изх. № СОА22-ДИО4-271-[4] от 09.02.2022г. е депозирал писмено възражение по отношение основателността на предложената финансова корекция от Ръководителя на УО на ОПОС.

След анализ на доказателствата и възраженията на бенефициента, Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020 е издал обжалваното Решение от 21.02.2022г., с което на основание чл.70, ал.1, т.9 и чл.73, ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ, във връзка с регистриран сигнал за нередност по договор за ОП 1 - № 882 и регистриран сигнал за нередност по договор за ОП 2 - № 883, на бенефициента - СО, е определена финансова корекция от 10% от стойността на допустимите разходи по договор за ОП1 №СЕ-191/17.12.2021г. с изпълнител „ВБС Енергия“ – О. на стойност 291 983.09 лева без ДДС и по договор за ОП2 №СЕ-192/17.12.2021г. с изпълнител „ВБС Енергия“ – О. на стойност 302 999.07 лева без ДДС. Констатирано е едно нарушение, което има финансов ефект, а именно: нарушение на разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП и чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 65, ал. 1 ЗОП, нарушението е извършено чрез действие, тъй като възложителят е формулирал условие в критериите за подбор, което необосновано ограничава участието на лица в процедурата. УО е направил извод, че нарушението на чл. 59, ал. 2 от ЗОП и чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 65, ал. 1 ЗОП попада в категорията нередности, разписани в т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06 март 2020 г., за което в условията на чл. 5 от Наредбата е определена финансова корекция по пропорционалния метод в размер на 10 % от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 разходи, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по сключения договор за ОП 1 № СЕ-191/ 17.12.2021 г. с изпълнител [фирма] - на стойност 291 983.09 лв. без ДДС и сключения договор за ОП 2 № СЕ-192/17.12.2021 г. с изпълнител [фирма] — на стойност 302 999.07 лв. без ДДС.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи: Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

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 ръководител на управляващия орган е министърът на околната среда и водите, който със Заповед № РД-13/06.01.2022г., е възложил на Г. С. – и.д. Главен директор на ГД „Оперативна програма „Околна среда“, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на ОП ОС 2014-2020. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

За да постанови оспореният акт административният орган е приел, че бенефициентът е нарушил приложимото българско законодателство - на чл. 59, ал. 2 от ЗОП и чл. 2, ал. 2 във вр. с чл. 65, ал. 1 ЗОП, като е поставил ограничителни критерии за подбор към участниците, касаещи техническите и професионалните им способности, което необосновано ограничава участието на лица в процедурата.

В случая в качеството си на възложител жалбоподателят е изискал от участниците да попълнят поле 2 от раздел В: Технически и професионални способности в част IV: Критерии за подбор на ЕЕДОП, като се попълни информацията относно поставените от възложителя критерии за подбор, в раздел В, т. 2 се индивидуализират техническите лица или органа при извършване на строителството. Ако възложителят само е искал да се декларира изпълнението на изискването, то е следвало да се иска да се попълни само Раздел „б“ – „Общо указание за всички критерии за подбор“ в част IV, като информацията дали участниците отговарят на критериите за подбор са ограничава до един отговор „да“ или „не“. Такава възможност не е предвидена в обявлението. Така поставеното изискване, въведено още на етап подаване на оферти се явява ограничително – създава трудност, обективизирана в поемане на допълнителни разходи, а също така, и в намирането на лица, отговарящи на изискванията и които приемат да бъдат назначени на трудов договор.

Изискването техническият ръководител да отговаря на чл. 163а от Закона за устройство на територията /ЗУТ/, е необосновано утежняване на етапа, на който се поставя. За участниците се явява като задължително към датата на подаване на офертата да имат назначено лице на трудов договор.

В т. III.1.3. „Технически и професионални възможности“ от обявлението е посочено, че участникът следва да разполага с минимум един технически ръководител, който да отговаря на изискванията на чл. 163а от ЗУТ, не е конкретизирано по коя алинея на чл. 163а следва да отговаря, т. е. по отношение на позицията „технически ръководител“, възложителят изисква предложение за лице, което отговаря на всички

условия в нормата, включително и на условието по чл. 163а, ал. 1, който въвежда изискването лицето да е назначено на трудов договор. Поставеното изискване има ограничителен характер, тъй като налага на етап подаване на оферти заинтересованите икономически оператори да назначат на трудов договор лице – технически ръководител, без да са определени за изпълнител и за неизвестен период от време. Изискването ограничава икономическите оператори да докажат годността и капацитета си за изпълнение на поръчката чрез позоваване на ресурсите на трети физически или юридически лица.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че така поставеното условие не касае етапа на подаване на оферта, а етапа на сключване на договора, тъй като всичко декларирано от участниците в представения ЕЕДОП, следва да се докаже при сключване на договори или в хипотезата на чл. 67, ал. 5 от ЗОП.

Препратката към чл. 163а от ЗУТ по отношение на техническия ръководител е ограничително изискване по отношение на оператори, които могат да разполагат с правоспособно лице за изпълнение на длъжността, но същото да не е в трудово правоотношение към момента на подаване на офертата за участие – чл. 163, ал. 1 от ЗУТ. Поставеното условие е ограничително, възлага използване на времеви и финансов ресурс към този момент, без гаранция, че участникът ще бъде определен за изпълнител. Така поставен критерият е необосновано утежняващ участието, такова утежняване не е нормативно предвидено, нито е предопределено от сложността, обема и предмета на поръчката. Нарушен е чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съгласно който при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Заложеното изискване обективно ограничава конкуренцията, без това ограничение да е обосновано. В случая не е налице конкуренция, тъй като са подадени две оферти по процедурата – по една за всяка обособена позиция и от един и същ участник.

Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, налице е само една постъпила оферта, за което по пропорционалния метод е определена финансова корекция от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 разходи, представляващи средства по ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в размер на 10 % по сключения договор за ОП 1 № СЕ-191/17.12.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 291 983.09 лв. без ДДС и в размер на 10% от стойността на сключения договор за ОП 2 № СЕ-192/17.12.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 302 999.07 лв. без ДДС.

Констатираното нарушение осъществява състава на нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. Съгласно т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 „нередност“ е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономическия оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез зачисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Налагането на финансови корекции е задължително при установяване на нередности, които представляват нарушение на правилата за възлагане на обществени поръчки.

Законодателят предвижда финансова корекция не само при реално установена вреда, имаща цифрово отражение, но и при установяването на хипотетична възможност за нанасянето на вреда на средства, предоставени от ЕСИФ с оглед нарушени правни норми на ЗОП, довели до презумпцията, че ако същите не са налице, кръга на конкуренция в процедурата би достигнал по-високо ниво при съответно увеличаване на предпоставките за избор на икономически по-изгодна оферта на изпълнител, в сравнение с настоящата.

Съгласно чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ, УО на ОПОС е взел предвид естеството и сериозността на нарушението на националните правни норми, свързани с прилагането на правото на ЕС и финансовото отражение на нарушението върху средствата от европейската програма. При определяне на финансовата корекция е отчетен характера и тежестта на нарушението и финансовото му отражение в съответствие с чл. 3, ал. 2 и чл. 5 от Наредбата. Посочени са конкретните правни норми, които са нарушени, изразяващи се в нарушение на основни принципи за липса на дискриминация, публичност, прозрачност и равнопоставеност на участниците.

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 разноски, 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 200 лева за юрисконсултско възнаграждение.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община, представлявана от Кмета чрез адвокат Г. П. срещу Решение от 21.02.2022г., издадено от Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което на Столична община е определена финансова корекция от 10% от стойността на допустимите разходи по договор за ОП1 №СЕ-191/17.12.2021г. с изпълнител „ВБС Енергия“ – О. на стойност 291 983.09 лева без ДДС и по договор за ОП2 №СЕ -192/17.12.2021г. с изпълнител „ВБС Енергия“ – О. на стойност 302 999.07 лева без ДДС.

ОСЪЖДА Столична община с ЕИК[ЕИК], представлявана от Й. Ф. - кмет на Столична община, със седалище и адрес: [населено място], ПК 1000, [улица] да заплати на Министерството на околната среда и водите сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ:

