

РЕШЕНИЕ

№ 401

гр. София, 24.01.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 07.06.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Христо Минев

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **94** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по жалба на Министерството на регионалното развитие и благоустройството /МРРБ/, представлявано от Министъра на регионалното развитие и благоустройството, чрез процесуален представител Л. Л. Л. – гл.юрисконсулт в МРРБ, с адрес на управление [населено място], [улица], срещу Решение от 10.12.2020г. на Ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ 2014-2020, с което е наложена финансова корекция на МРРБ, във връзка с констатирани нарушения при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Осъществяване на дейностите по администриране на договори за разработка на регионални прединвестиционни проучвания /РПИП/ за обособените територии, обслужвани от ВИК операторите“, в 4 обособени позиции.

Жалбоподателят твърди, че оспореният акт е незаконосъобразен, необоснован и издаден в противоречие с материалния закон. Моли съдът да отмени атакуваното решение. Твърди се, че неправилно е установена фактическата обстановка и законосъобразно е проведена процедурата по ЗОП, като не са налице описаните в решението нарушения, не са допуснати ограничителни изисквания към участниците в процедурата. Оспорва нарушението и твърди, че незаконосъобразно е направена финансова корекция и неправилно е определен процента на наложената финансова корекция.

Излага подробни мотиви в жалбата си в потвърждение на становището си.

Моли да се приеме, че обжалваното Решение, с което е наложена финансова корекция на МРРБ в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушението разходи по сключените 4 бр. Договори, за възлагане на обществена поръчка е незаконосъобразно, неправилно и необосновано, поради което моли и същото да бъде отменено изцяло. Излага се становище, че решението за определяне на финансова корекция е издадено при неточно прилагане на материалния закон, същото е неясно, липсва правна и логическа последователност в посочените правни основания за неговото издаване и относимите факти и обстоятелства, което се отразява на възможността за реализиране на правната защита на бенефициента. Твърди се и че АО не е обсъдил направените възражения от жалбоподателя, преди издаването на процесното решение.

В с.з. се представлява от ю.к.Л., който поддържа жалбата. Претендира присъждане на разносните по делото и юрисконсултско възнаграждение..

Ответникът – директор на Управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“ /ОПОС/, се представлява от ю.к.Т., който оспорва жалбата и моли същата да бъде отхвърлена. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

СГП не изпраща представител.

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

Настоящото производство е образувано по жалба на МРРБ, срещу Решение от 10.12.2020г. на Ръководителя на УО на ОПОС, за налагане на финансова корекция в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушението разходи по възложена обществена поръчка с предмет: „Осъществяване на дейностите по администриране на договори за разработка на регионални прединвестиционни проучвания за обособените територии, обслужвани от ВиК операторите“ с четири обособени позиции, както следва:

Обособена позиция №1: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място],
[фирма] [населено място]

Обособена позиция №2: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място],
[фирма] [населено място]

Обособена позиция №3: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място],
[фирма] [населено място], [фирма] [населено място]

Обособена позиция №4: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място],
[фирма] [населено място], [фирма] [населено място].

В резултат на проведената обществена поръчка са били сключени следните договори по обособените позиции:

ОП-1 – Договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]

ОП-2 - Договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]

ОП-3 - Договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]

ОП-4 - Договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]

С писмо с изх.№1-001-0001-4-36/31.01.2019г. на Ръководителя на УО на ОПОС е било констатирано нарушение на ЗОП при провеждането на възложената от бенефициента /МРРБ/ обществена поръчка с предмет: „Осъществяване на дейностите по

администриране на договори за разработка на регионални прединвестиционни проучвания /РПИП/ за обособените територии, обслужвани от ВиК операторите“ с четири обособени позиции. С писмо изх.№90-05-1069(39)/14.02.2020г. е изразено становище от бенефициента, с което се възразява срещу констатациите на УО за допуснати нарушения на ЗОП, представляващи нередност.

Предвид последващо изменение на 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 ЗУСЕСИФ, с писмо изх.№1-001-0001-4229/05.11.2020г. на ръководителя на УО на ОПОС е уведомен бенефициента за предложената нова финансова корекция. С изх.№ 90-05-1069(50)/19.11.2020г. е било изразено становище от бенефициента, с което отново се възразява срещу констатациите на УО за допуснати нарушения на ЗОП, представляващи нередност.

УО е постановил Решение от 10.12.2020г. издадено на основание чл.73 ал.1 вр. чл.69 ал.1 и чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ поради констатирана нередност при изпълнение на процесните договори. В обжалвания административен акт се твърди, че МРРБ е допуснало нарушение на националното законодателство определено като нередност по т.9 от Приложение №1а към чл.2 ал.2 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата за посочване на нередности/ за която УО е финансова корекция в размер на 25% от допустимите разходи по Договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310.00лева без ДДС с изпълнител [фирма], по Договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340.00лева без ДДС с изпълнител [фирма], по Договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500.00лева без ДДС с изпълнител [фирма] и по Договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700.00лева без ДДС с изпълнител [фирма].

Не се спори по делото, че между страните – УО на ОПОС и МРРБ е сключен договор за безвъзмездна финансова помощ /БФП/ №Д-34-2/10.02.2016г., за изпълнение на проект ВГ16М1ОР002-1.001-0001 „Подпомагане регионалното инвестиционно планиране на отрасъл „ВиК“.

Пред УО са регистрирани сигнали за нередности съответно с №№364, 387, 388 и 389, които са надлежно регистрирани в Регистъра на сигналите за нередности от ОПОС 2014-2020г., воден в Главна дирекция „ОПОС“ в МОСВ – УО на ОПОС 2014-2020г. И четирите сигнала са свързани с приети за установени нарушения при възлагане на обществена поръчка с предмет: „Осъществяване на дейностите по администриране на договори за разработка на регионални прединвестиционни проучвания за обособените територии, обслужвани от ВИК операторите“, в 4 обособени позиции описани подробно по-горе. И четирите сигнала са приключени с установяване на извършени нарушения, допуснати от бенефициента МРРБ, ЕИК по БУЛСТАТ[ЕИК], като за всяка една от позициите и за сключените по тях договори е прието извършено нарушение на чл.25 ал.5 и ал.6 от ЗОП/отг/.

И четирите нарушения са квалифицирани като нередности по чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ вр. т.9 от Приложение №1а към чл.2 ал.2 (нова – ДВ, бр.19 от 2020г.) УО на ОПОС е приел наличието на ограничително изискване свързано с поставения от възложителя критерий за подбор по отношение на техническите възможности и/или квалификацията на участниците. Прието е че изискването поставено от възложителя

към експерта, който следва да е включен в състава на лицата, отговарящи за извършването на услугата (по всяка от обособените позиции), да има специфичен опит в подготовката и/или изпълнението и/или управлението на минимум 1/един/ проект/договор изпълняван от програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество и/или програми на Европейското икономическо пространство и/или международни програми и проекти, не е съобразено и не съответства на предмета и сложността на обществената поръчка. Прието е че с това изискване необосновано е ограничено участието на онези лица, които разполагат с експерт с необходимата квалификация и опит за изпълнение на поръчката по която и да е от обособените позиции, натрупал опита си по национални програми без международен елемент. Прието е че по този начин е извършено нарушение по чл.25 ал.5 и ал.6 от ЗОП (отм.). Именно в тази насока са и възраженията на жалбоподателя, че липсва така описаното нарушение, а следователно липсва и основание за определяне на финансова корекция. Размерът на финансовата корекция е определен чрез прилагането на пропорционалния метод по реда на чл.3 ал.2 вр. чл.5 ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС №57/28.03.2017г., тъй като с оглед естеството на констатираното нарушение, което има отношение към договорите по всяка от обособените позиции не е възможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. Съдът намира, че обжалваното решение за налагане на финансова корекция е издадено в нарушение на материалните разпоредби, което безспорно обосновава неговата отмяна.

Съгласно чл.73 ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер. Основанията за налагане на финансова корекция са установени в чл.70 ал.1 от ЗУСЕСИФ. Съгласно чл.143 ал.1 от Регламент №1303/2013, държавите-членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяване на дължимите суми. Съгласно чл.122 т.2 от Регламент 1303/2013 държавите-членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите-членки поставя в центъра на изпълнението на задължението именно доказването на нередността. Дефиницията за нередност дадена в чл.2 т.36 от Регламент №1303/2013, съдържа следните елементи: 1 действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни инвестиционни фондове, 2. Което води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. Има или би могло да има като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

В настоящия случай е безспорно, че първият елемент на определението е налице – МРРБ има качеството на икономически субект по смисъла на чл.2 т.37 от Регламент 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от ЕСИФ. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, МРРБ е осъществило действия по възлагане на обществена поръчка разходване на получено безвъзмездно финансиране по ОПОС.

Съгласно чл.70 ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средства на ЕСИФ, може да бъде отменена сама на някое от лимитативно посочените правни основания. Така законодателят е приел, че всяко от посочените в чл.70 ал.1 от ЗУСЕСИФ основания,

води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане. С оглед разпоредбата на чл.170 ал.1 от АПК, за да се приеме за законосъобразен издадения по реда на чл.73 ал.1 от ЗУСЕСИФ акт, АО трябва досежно този елемент на фактическия състав на нередността да докаже, че е налице нарушение на правото на ЕС или на националното право.

В обжалвания административен акт се твърди, че МРРБ е допуснало нарушение при прилагането на ЗОП – чл.25 ал.5 и 6 от ЗОП /отм./ и е осъществил състава на т.9 от Приложение №1а към чл.2 ал.2 от Наредбата за посочване на нередности, за което УО е наложил финансова корекция в размер на 25% от изразходваните средства – допустими разходи по Договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310лв без ДДС с изпълнител [фирма], Договор № РД 02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340лв. без ДДС с изпълнител [фирма], Договор № РД 02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500лв. без ДДС с изпълнител [фирма], Договор № РД 02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700лв. без ДДС с изпълнител [фирма].

Твърдяното от УО на ОПОС нарушение се изразява в наличие на ограничително изискване, свързано с поставения от възложителя критерии за подбор по отношение на техническите възможности и/или квалификацията на участниците и отнасящ се за всяка една от четирите обособени позиции. Според УО на ОПОС възложителят е поставил ограничително изискване в раздел III.2.3 от обявлението, което се отнася за всички обособени позиции, към експерта, който ще отговаря за извършването на услугата: „специфичен опит в подготовката и/или изпълнението, и/или управлението на минимум 1/един/ проект/договор, изпълняван по програми на Европейския съюз и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на Европейското икономическо пространство, и/или международни програми и проекти“.

УО на ОПОС е приел, че изискването специфичния опит на този експерт да е натрупан по договор/проект, изпълняван по програми на ЕС, ТГС или ЕИП и/или международни програми и проекти, не е съобразено и не съответства на предмета и сложността на обществената поръчка, тъй като обществената поръчка няма международен елемент – страните по договора са местни лица; международен елемент липсва и в проекта/договора за безвъзмездна финансова помощ – отново страните по договора са местни лица.

На следващо място УО на ОПОС е подчертал, че „източникът на финансиране/от ЕС, ЕИП, международна програма/ няма отношение към качеството на конкретната дейност, която даден експерт е изпълнил“.

УО на ОПОС е приел, че с това изискване необосновано се ограничава участието на онези лица, които разполагат с експерт с необходимата квалификация и опит за изпълнение на поръчката, по която и да е от обособените позиции, натрупал опита си по национални програми без международен елемент и е налице нарушение на правните норми на чл.25 ал.5 и ал.6 от ЗОП /отм./. Според УО на ОПОС констатираното нарушение осъществява състава на нередност по смисъла на чл.2 т.3б от Регламент /ЕС/ №1303/2013, същевременно представлява и нередност по чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕСИФ във вр. с т.9 от Приложение №1а към чл.2 ал.2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата за посочване на нередности/.

Съдът намира, че по същество твърденията на УО на ОПОС са неправилни.

За обществена поръчка с предмет: “Осъществяване на дейностите по администриране на договори за разработка на регионални прединвестиционни проучвания за обособените територии, обслужвани от ВиК операторите“ с 4 обособени позиции възложителят е поставил критерий за подбор в раздел III.2.3 Технически способности от обявлението, ключовият експерт да има специфичен опит в подготовката и/или изпълнението, и/или управлението на минимум 1/един/ проект/договор, изпълняван по програми на Европейския съюз и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на Европейското икономическо пространство, и/или международни програми и проекти.

Според УО на ОПОС цитирания по-горе критерий за подбор е ограничително изискване за техническите способности на участниците, тъй като не е съобразен и не съответства на предмета и сложността на обществената поръчка, поради което е формулиран в нарушение на чл.25 ал.6 от ЗОП/отм./. Съгласно чл.25 ал.6 от ЗОП /отм./критериите за подбор трябва да са съобразени и да съответстват на обекта, предмета, стойността, сложността, както и количеството или обема на обществената поръчка предназначението на услугите. Като критерий за подбор може да се изисква признат опит в съответния сектор, но не може да се включват условия или изисквания, които са свързани с изпълнението само на обществени поръчки, или с изпълнението на конкретно посочени програми или проекти, или с конкретизирането на източници на финансиране или на определен брой изпълнени договори с конкретно посочване на предмета им и други, ако такива условия или изисквания са в нарушение на условията на чл.25 ал.5 от ЗОП /отм./ В цитирания текст законодателят очертава границите на допустимост/законосъобразност при формулиране на критериите за подбор, с които възложителите следва да се съобразяват, а именно:

Не може да се включват условия или изисквания, които са свързани с изпълнението само на обществени поръчки.

Не може да се включват условия или изисквания свързани с изпълнението на конкретно посочени програми или проекти.

Не може да се включват условия или изисквания свързани с конкретизиране на източници на финансиране.

Не може да се включват условия или изисквания свързани с определен брой изпълнени договори с конкретно посочване на предмета им.

Други условия или изисквания, които са в нарушение на условията по чл.25 ал.5 от ЗОП /отм./.

При съпоставяне на текста на цитираното по-горе изискване на възложителя към специфичния опит на експерта – администратор с лимитативния списък от ограничения в чл.25 ал.6 от ЗОП /отм./ се установява, че формулировката не е нарушила нито едно от

ограниченията. Възложителят при формулирането на изискването не е посочил източник на финансиране, както се твърди от УО на ОПОС, нито включва изискване свързано с конкретна програма или проект. Възложителят е изискал опит в подготовката и/или изпълнението, и/или управлението на минимум 1 /един/ проект/договор изпълняван по програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на европейското икономическо пространство и/или международни програми и проекти.

Съдът както и жалбоподателят намира, че така поставеното изискване напълно кореспондира с предмета на обществената поръчка, доколкото същата се изпълнява в рамките на проекта „Подпомагане на регионалното инвестиционно планиране на отрасъл ВиК“/Проекта/, одобрен с Решение №223/15.12.2015г. на МОСВ по ОП „Околна среда“ 2014-2020г. В този смисъл изпълнението и отчитането на обществената поръчка е подчинено на правилата на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, която е международна програма, което налага извода, че твърдението на УО на ОПОС, че липсва международен елемент е неправилно. В тази насока следва да се отбележи и факта, че възложителят изрично е изискал в Техническата спецификация при изпълнението да се спазват изискванията на тази международна програма. В т.4.4.от Техническата спецификация е било заложено изискването: „Изпълнителите следва да спазват специфични изисквания по отношение на изпълнението и отчитането на проекти финансирани по ОПОС 2014-2020г.“ Предвид така заложената потребност в Техническата спецификация за обществената поръчка натрупаният опит на експерта-администратор само в национални програми, свързан основно с познаване на изискванията на националното законодателство се явява недостатъчен. Възложителят изрично е посочил, че при изпълнението и отчитането на обществената поръчка се спазват правилата на международна програма. Следователно заложеното изискване към администратора да има опит при подготовката и/или изпълнението и/или управлението на проекти, изпълняване по програми с наднационални правила, т.е. международни програми напълно кореспондира с предмета на обществената поръчка. Заложеното изискване към специфичния опит на администратора би било ограничително, ако възложителят беше допуснал единствено опит при изпълнение на проекти, изпълнявани по програма на ОПОС. Възложителят в настоящия случай е допуснал изпълнението да е по проекти изпълнявани по всякакви международни програми, а именно: по програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на Европейското икономическо

пространство, и/или международни програми и проекти, т.е без да ги е конкретизирал.

Неправилно се явява и становището на УО на ОПОС, че международен елемент има единствено и само когато страните по договора са правни субекти с различна националност. Международен елемент е налице и тогава когато в предмета обществената поръчка или при нейното изпълнение и отчитане се спазват правила, които не са единствено регламентирани в националното законодателство на една държава, а са приложими правни норми на друга държава, международна организация, международни договори или източници на правила приети от наднационален орган. В настоящия случай изпълнението и отчитането на обществената поръчка следва да бъде съобразен освен със законите на Р България и с правилата на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, приета от Европейската комисия, още по-вече, че предмета и е свързан с администриране на договори, които също се изпълняват в рамките на тази оперативна програма.

С оглед на така изложените съображения следва извода, че поставеното от възложителя изискване по настоящата обществена поръчка е съобразено с чл.25 ал.6 от ЗОП/отм./ и следователно не може да бъде незаконосъобразно, както се твърди от УО на ОПОС.

Следва се отчете и факта, че изискването не е по отношение на участниците в обществената поръчка, а по отношение на експертите, с които ще бъде изпълнена обществената поръчка. Изискването на възложителя по своя характер не е нито специфично, нито трудно постижимо. За постигането на целите и резултатите на поръчката е от съществено значение изпълнението да бъде осъществено от експерти с висока професионална квалификация. Необходимостта от привличане на експерти извън списъчния състав на участника не се явява препятствие, което ограничава участника да подаде оферта по обществената поръчка. Дори в хипотезата участникът да няма на разположение нает по трудов договор експерт с изисквания от възложителя специфичен опит, то той би могъл да привлече такива на граждански договор или да включва трети лица по смисъла на чл.51“а“ от ЗОП /отм./, допустим способ за покриване на критериите за подбор. Следователно сам законодателят е предвидил че участниците не могат и не са длъжни да поддържат списъчен състав с експерти с разнообразна професионална компетентност единствено и само с цел евентуалното им използване в обществени поръчки. С цел максимално улесняване на участниците при покриване на критериите за подбор законодателят в ЗОП е допуснал те да бъдат покривани както със собствени сили от участниците, така и чрез трети лица.

Следва да бъде отчетено, че прогнозната стойност на обществената поръчка е над праговете на Директива 2004/18/ЕО и е публикувано съответно обявление в ОВ на ЕС, т.е. интерес към нея са могли да проявят и участници, които не са местни лица.

Предвид изложеното съдът намира, че изискването за специфичен опит в подготовката и/или изпълнението, и/или управлението на минимум1/един/ проект/договор, изпълняван по програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на Европейското икономическо пространство, и/или международни програми и проекти не е ограничило конкуренцията и не следва да бъде наложена финансова корекция.

Съдът не споделя разбирането изложено от жалбоподателят, че УО на ОПОС неправилно е посочил реда за определяне на финансовата корекция и незаконосъобразно се е произнесъл относно размера на корекцията.

В атакуваното Решение ясно е посочено, че при прилагане на формулата съгласно чл.5 ал.3 от Наредбата за посочване на нередности, в съответствие с чл.71 ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовото изражение на нередността е определена в размер на 25% от стойността разходите от всеки от четирите договора описани по-горе сключени от МРРБ с [фирма] и [фирма], приети за допустими от УО на ОПОС за финансиране по ОПОС 2014-2020г. и представляващи средства от ЕСИФ, по смисъла на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ. Конкретизирано е и финансовото изражение на нередностите, както следва по всеки един от процесните договори:

По договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. нередността е изчислена в размер на 19593 лева.

По договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. нередността е изчислена в размер на 23537.15 лв.

По договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. нередността е изчислена в размер на 24147.56 лв.

По договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. нередността е изчислена в размер на 23639.19 лв.

На основание чл.35 ал.2 вр. ал.1 т.1 от Наредба №Н-3 от 22.05.2018г. за определяне на правилата за плащания за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество, определяне на бенефициента МРРБ суми за възстановяване както следва:

По засегнатия договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. с изпълнител [фирма] в размер на 16 262.19лева. Подробно са описани верификации и извършени междинни плащания. Посочено е че финансовата корекция следва да е върху пълния размер на установените допустими за финансиране със средства по ОПОС 2014-2020г. разходи по засегнатия договор, представляващи средства от по смисъла на действащата разпоредба на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ. Подробно е посочено, че от страна на бенефициента по описаните в решението искания за плащане са били предявени за верифициране разходи в общ размер на 79239.64лева. Като недопустими разходи са приети 867.64 лева от претендираните, или верифицираните разходи по договора възлиза на 78372лв. Финансовото изражение на нередността е определена на 19593лева, които представляват 25% от стойността на разходите по договора с изпълнител [фирма], приети за допустими от УО на ОПОС за финансиране по ОПОС 2014-2020г. и представляващи средства от ЕСИФ, по смисъла на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ, предоставяни съгласно сключения АДФП. При извършена финансова корекция по реда на чл.75 ал.1 от ЗУСЕСИФ в общ размер на 3330.81лева, остатъкът е определен в размер на 16262.19лева.

По засегнатия договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. с изпълнител [фирма] в размер на 14 122.51лева. Подробно са описани верификации и извършени междинни плащания. Посочено е че финансовата корекция следва да е върху пълния размер на установените допустими за финансиране със средства по ОПОС 2014-2020г. разходи по засегнатия договор, представляващи средства от по смисъла на действащата разпоредба на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ. Подробно е посочено, че от страна на бенефициента по описаните в решението искания за плащане са били предявени за верифициране разходи, като са били извършени междинни плащания. Описано е също така, че съгласно Решение от 25.02.2019г. е била определена финансова корекция в размер на 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по Договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. Финансовата корекция е била изчислена в размер на 9415.00лева. Посочено е че Решението от 25.02.2019г. на Р. на ОПОС е било предмет на обжалване от страна на бенефициента по адм.дело №2829/2019г. по описа на АССГ, който със свое Решение №5346/12.08.2019г. отменя акта на Р. на ОПОС. С Решение №14053/12.11.2020г. постановено от ВАС по адм.дело №12820/2019г., решението на АССГ е оставено в сила. Посочено е че отмяната на акта за финансова корекция поражда задължение за възстановяване на средствата по извършената финансова корекция, доколкото удържаните средства са

установени като допустими за финансиране със средства от ОПОС 2014-2020г. съгласно горепосочените решения на Р. на ОПОС за приключилия процес на верификация по съответните изисквания за плащане т.е. налице е изискуемо вземане на длъжника за подлежащи на възстановяване публични вземания по смисъла на чл.162 ал.8 от ДОПК. Посочено е че на основание чл.43 ал.4 изр.2-ро от Наредба №Н-3 от 22 май 2018г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество вр. чл.170 ал.1 от ДОПК се извършва прихващане на установеното публично вземане за финансова корекция, съгласно т.2 от финансово изражение на нередността по обжалваното решение, с подлежащата на възстановяване на бенефициента сума в размер на 9415.00лева по извършена финансова корекция, съгласно Решение от 25.02.2019г. на Р. на ОПОС.

По засегнатия договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. с изпълнител [фирма] в размер на 14 488.54лева. Подробно са описани верификации и извършени междинни плащания. Посочено е, че финансовата корекция следва да е върху пълния размер на установените допустими за финансиране със средства по ОПОС 2014-2020г. разходи по засегнатия договор, представляващи средства от по смисъла на действащата разпоредба на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ. Подробно е посочено, че от страна на бенефициента по описаните в решението искания за плащане са били предявени за верифициране разходи, като са били извършени междинни плащания. Описано е също така, че съгласно Решение от 25.02.2019г. е била определена финансова корекция в размер на 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по Договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. Финансовата корекция е била изчислена в размер на 9659.02лева. Посочено е че Решението от 25.02.2019г. на Р. на ОПОС е било предмет на обжалване от страна на бенефициента по адм.дело №2829/2019г. по описа на АССГ, който със свое Решение №5346/12.08.2019г. отменя акта на Р. на ОПОС. С Решение №14053/12.11.2020г. постановено от ВАС по адм.дело №12820/2019г., решението на АССГ е оставено в сила. Посочено е че отмяната на акта за финансова корекция поражда задължение за възстановяване на средствата по извършената финансова корекция, доколкото удържаните средства са установени като допустими за финансиране със средства от ОПОС 2014-2020г. съгласно горепосочените решения на Р. на ОПОС за

приключилия процес на верификация по съответните изисквания за плащане т.е. налице е изискуемо вземане на длъжника за подлежащи на възстановяване публични вземания по смисъла на чл.162 ал.8 от ДОПК.

Посочено е че на основание чл.43 ал.4 изр.2-ро от Наредба №Н-3 от 22 май 2018г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество вр. чл.170 ал.1 от ДОПК се извършва прихващане на установеното публично вземане за финансова корекция, съгласно т.2 от финансово изразение на нередността по обжалваното решение, с подлежащата на възстановяване на бенефициента сума в размер на 9659.02лева по извършена финансова корекция, съгласно Решение от 25.02.2019г. на Р. на ОПОС.

По засегнатия договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. с изпълнител [фирма] в размер на 14 183.52лева. Подробно са описани верификации и извършени междинни плащания. Посочено е, че финансовата корекция следва да е върху пълния размер на установените допустими за финансиране със средства по ОПОС 2014-2020г. разходи по засегнатия договор, представляващи средства от по смисъла на действащата разпоредба на чл.1 ал.2 от ЗУСЕСИФ. Подробно е посочено, че от страна на бенефициента по описаните в решението искания за плащане са били предявени за верифициране разходи, като са били извършени междинни плащания. Описано е също така, че съгласно Решение от 25.02.2019г. е била определена финансова корекция в размер на 10% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020г. разходи по Договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. Финансовата корекция е била изчислена в размер на 9455.67лева. Посочено е че Решението от 25.02.2019г. на Р. на ОПОС е било предмет на обжалване от страна на бенефициента по адм.дело №2829/2019г. по описа на АССГ, който със свое Решение №5346/12.08.2019г. отменя акта на Р. на ОПОС. С Решение №14053/12.11.2020г. постановено от ВАС по адм.дело №12820/2019г., решението на АССГ е оставено в сила. Посочено е че отмяната на акта за финансова корекция поражда задължение за възстановяване на средствата по извършената финансова корекция, доколкото удържаните средства са установени като допустими за финансиране със средства от ОПОС 2014-2020г. съгласно горепосочените решения на Р. на ОПОС за приключилия процес на верификация по съответните изисквания за плащане т.е. налице е изискуемо вземане на длъжника за подлежащи на

възстановяване публични вземания по смисъла на чл.162 ал.8 от ДОПК. Посочено е че на основание чл.43 ал.4 изр.2-ро от Наредба №Н-3 от 22 май 2018г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество вр. чл.170 ал.1 от ДОПК се извършва прихващане на установеното публично вземане за финансова корекция, съгласно т.2 от финансово изражение на нередността по обжалваното решение, с подлежащата на възстановяване на бенефициента сума в размер на 9455.67лева по извършена финансова корекция, съгласно Решение от 25.02.2019г. на Р. на ОПОС.

В обжалваното решение е посочен и срокът за възстановяване на определената съгласно решението сума от бенефициента, като е посочено, че това следва да стане по сметка на УО на ОПОС.

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, за който е предвидено в чл.27, ал.1 от ЗУСЕСИФ, че подлежи на обжалване пред съд. С оспорената част на административния акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е връчен на жалбоподателя чрез ИСУН 2020, жалбата е депозирана на 23.12.2020г. в преклузивния 14-дневен срок по чл.149, ал.1 от АПК и същата е **допустима**.

Разгледана по същество, жалбата е **основателна**.

Относно компетентността на органа, издал оспореното решение, същото е издадено от Ръководител на УО на Оперативна програма „Околна среда“. Ръководителят на управляващия орган издава мотивирано решение, с което определя финансова корекция по ДБФП № РД-34-2/10.02.2016г. за изпълнение по проект BG16M1OP002-1.001-0001, с бенефициент МРРБ в размер на 25% от стойността на обществена поръчка с предмет: „Осъществяване на дейностите по администриране на договори за разработка на прединвестиционни проучвания за обособените територии обслужвани от операторите“ с четири обособени позиции:

Обособена позиция №1: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място], [фирма] [населено място] е сключен Договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310.00лева без ДДС с изпълнител [фирма].

Обособена позиция №2: [фирма] [населено място], [фирма] [населено

място], [фирма] [населено място] е сключен Договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340.00лева без ДДС с изпълнител [фирма].

Обособена позиция №3: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място], [фирма] [населено място], [фирма] [населено място] е сключен Договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500.00лева без ДДС с изпълнител [фирма].

Обособена позиция №4: [фирма] [населено място], [фирма] [населено място], [фирма] [населено място], [фирма] [населено място] е сключен Договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700.00лева без ДДС с изпълнител [фирма].

Съгласно чл.9, ал.5 от ЗУСЕСИФ ръководителят на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващия орган или оправомощено от него лице. Със Заповед № РД – ОП - 11/04.02.2020г. на Министър на околната среда и водите на Р България, В. К. е била надлежно упълномощена да издаде процесното Решение за определяне на финансова корекция. Оспореният административен акт, а именно Решение от 10.12.2020г. на УО на ОПОС, с което е определена финансова корекция по договор за БФП № д-34-2/10.02.2016г. с бенефициент МРРБ, в размер на 25% от стойността на поисканите за възстановяване разходи по четирите сключени договора във връзка с възложената обществена поръчка на осн. чл.70 ал.1 т.9 и и чл.73 ал.1 вр. чл.72 ал.1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ е издадено от компетентен орган.

Съдът намира, че са спазени изискванията за форма на акта, същият съдържа реквизитите, посочени в чл.59, ал.2 от АПК. Съдържа фактически и правни основания за издаването му. В процесния административен акт са посочени конкретни обстоятелства и правните изводи, въз основа на които издателят му е приел, че следва да определи финансова корекция по проекта.

Относно спазване на административнопроизводствените правила и материалната законосъобразност на акта и съответствието му с целта на закона, съдът намира следното:

Относно сключението за наличие на ограничително изискване, свързано с поставения от възложителя критерий за подбор по отношение на техническите възможности и /или квалификацията на участниците отнасящо се за всяка една от четирите обособени позиции, въз основа на което е определена финансова корекция в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушението разходи по сключените Договор №РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310.00лева без ДДС с

изпълнител [фирма], Договор №РД-02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340.00лева без ДДС с изпълнител [фирма], Договор №РД-02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500.00лева без ДДС с изпълнител [фирма] и Договор №РД-02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700.00лева без ДДС с изпълнител [фирма], съдът намира, че същото е неправилно.

На първо място следва да се разгледа дали в действителност съществува ограничително изискване въведено от МРРБ при обявяването и провеждането на обществената поръчка.

Възложителят при формулирането на изискването не е посочил източник на финансиране, както се твърди от УО на ОПОС, нито включва изискване свързано с конкретна програма или проект. Възложителят е изискал опит в подготовката и/или изпълнението, и/или управлението на минимум 1 /един/ проект/договор изпълняван по програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на европейското икономическо пространство и/или международни програми и проекти.

Съдът както и жалбоподателят намира, че така поставеното изискване напълно кореспондира с предмета на обществената поръчка, доколкото същата се изпълнява в рамките на проекта „Подпомагане на регионалното инвестиционно планиране на отрасъл ВиК“/Проекта/, одобрен с Решение №223/15.12.2015г. на МОСВ по ОП „Околна среда“ 2014-2020г. В този смисъл изпълнението и отчитането на обществената поръчка е подчинено на правилата на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, която е международна програма, което налага извода, че твърдението на УО на ОПОС, че липсва международен елемент е неправилно. В тази насока следва да се отбележи и факта, че възложителят изрично е изискал в Техническата спецификация при изпълнението да се спазват изискванията на тази международна програма. В т.4.4.от Техническата спецификация е било заложено изискването: „Изпълнителите следва да спазват специфични изисквания по отношение на изпълнението и отчитането на проекти финансирани по ОПОС 2014-2020г.“ Предвид така заложена потребност в Техническата спецификация за обществената поръчка натрупаният опит на експерта-администратор само в национални програми, свързан основно с познаване на изискванията на националното законодателство се явява недостатъчен. Възложителят изрично е посочил, че при изпълнението и отчитането на обществената поръчка се спазват правилата на международна програма. Следователно заложено изискване към администратора да има опит при подготовката и/или изпълнението и/или

управлението на проекти, изпълняване по програми с наднационални правила, т.е. международни програми напълно кореспондира с предмета на обществената поръчка. Заложено е изискване към специфичния опит на администратора би било ограничително, ако възложителят беше допуснал единствено опит при изпълнение на проекти, изпълнявани по програма на ОПОС. Възложителят в настоящия случай е допуснал изпълнението да е по проекти изпълнявани по всякакви международни програми, а именно: по програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на Европейското икономическо пространство, и/или международни програми и проекти, т.е. без да ги е конкретизирал.

Неправилно се явява и становището на УО на ОПОС, че международен елемент има единствено и само когато страните по договора са правни субекти с различна националност. Международен елемент е налице и тогава когато в предмета на обществената поръчка или при нейното изпълнение и отчитане се спазват правила, които не са единствено регламентирани в националното законодателство на една държава, а са приложими правни норми на друга държава, международна организация, международни договори или източници на правила приети от наднационален орган. В настоящия случай изпълнението и отчитането на обществената поръчка следва да бъде съобразен освен със законите на Р България и с правилата на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020“, приета от Европейската комисия, още по-вече, че предмета и е свързан с администриране на договори, които също се изпълняват в рамките на тази оперативна програма.

С оглед на така изложените съображения следва извода, че поставеното от възложителя изискване по настоящата обществена поръчка е съобразено с чл.25 ал.6 от ЗОП/отм./ и следователно не може да бъде незаконосъобразно, както се твърди от УО на ОПОС.

Следва се отчете и факта, че изискването не е по отношение на участниците в обществената поръчка, а по отношение на експертите, с които ще бъде изпълнена обществената поръчка. Изискването на възложителя по своя характер не е нито специфично, нито трудно постижимо. За постигането на целите и резултатите на поръчката е от съществено значение изпълнението да бъде осъществено от експерти с висока професионална квалификация. Необходимостта от привличане на експерти извън списъчния състав на участника не се явява препятствие, което ограничава участника да подаде оферта по обществената поръчка. Дори в хипотезата участникът да няма на разположение нает по трудов договор експерт с изисквания от възложителя специфичен опит, то той би

могъл да привлече такива на граждански договор или да включва трети лица по смисъла на чл.51“а“ от ЗОП /отм./, допустим способ за покриване на критериите за подбор. Следователно сам законодателят е предвидил че участниците не могат и не са длъжни да поддържат списъчен състав с експерти с разнообразна професионална компетентност единствено и само с цел евентуалното им използване в обществени поръчки. С цел максимално улесняване на участниците при покриване на критериите за подбор законодателят в ЗОП е допуснал те да бъдат покривани както със собствени сили от участниците, така и чрез трети лица.

Следва да бъде отчетено, че прогнозната стойност на обществената поръчка е над праговете на Директива 2004/18/ЕО и е публикувано съответно обявление в ОВ на ЕС, т.е. интерес към нея са могли да проявят и участници, които не са местни лица.

Предвид изложеното съдът намира, че изискването за специфичен опит в подготовката и/или изпълнението, и/или управлението на минимум1/един/ проект/договор, изпълняван по програми на ЕС и/или програми за териториално сътрудничество, и/или програми на Европейското икономическо пространство, и/или международни програми и проекти не е ограничило конкуренцията и не следва да бъде наложена финансова корекция.

По изложените съображения съдът приема, че действията на МРРБ и предвидените изисквания по обявената процедура по ЗОП са законосъобразни и правилни и като такива следва да бъдат ценени. По делото не се спори, че и по четирите обособени позиции е имало множество участници, за които безспорно не е било налице ограничително изискване за участие в процедурата.

Съдът споделя становището, че така въведената процедура е гаранция за качествено изпълнение на проекта и извършваната услуга.

По отношение на твърдението за констатирано нарушение свързано с незаконосъобразна методика за оценка, заложен в процедурата за възлагане на обществената поръчка съдът намира същото за неправилно.

Съдът намира за неправилна констатацията на Ръководителя на УО, че е налице нередност допусната от МРРБ, при определянето на изпълнител като от това би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Съдът доколкото не споделя за допуснато, констатирано от УО на ОПОС нарушение, намира, че неправилно е дадена и квалификация на нарушението. Неправилен е и извода, че следва да се извърши финансова корекция по ЗУСЕСИФ.

Съдът изцяло споделя становището, че изискванията на МРРБ към участниците в процедурата са били формулирани с цел точното и

качествено изпълнение на проекта и със същите не са били поставени ограничителни изисквания към участниците.

Предвид изложеното, съдът счита, че твърденията на административния орган в акта за определяне на финансова корекция за неправилни и неоснователни.

Решението, в оспорената му част е издадено от компетентен орган, в предвидената от закона форма, при спазване на административнопроизводствените правила, но при неправилно приложение на материалния закон и неговата цел, поради което жалбата следва да бъде уважена, като основателна.

При този изход на спора разноски се дължат на жалбоподателя и такива са заявени, поради което съдът намира, че следва да присъди на жалбоподателя разноските направени за внасяне на държавната такса по делото и юрисконсултско възнаграждение.

По изложените съображения, Административен съд София - град, III-то отделение, 74-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

УВАЖАВА жалбата на МРРБ С., БУЛСТАТ:[ЕИК], представлявано от Министъра на регионалното развитие и благоустройството с адрес [населено място], [улица], срещу Решение от 10.12.2020г. на Ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“, с което е определена финансова корекция по договор за безвъзмездна финансова помощ №Д-34-2/10.02.2016г. за изпълнение на проект BG16M1OP002-1.001-0001, с бенефициент МРРБ С. в размер на 25% от стойността на засегнатите от нарушението разходи по сключени договори № РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]; №РД-02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]; №РД-02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500.00лева без ДДС с изпълнител [фирма] и №РД-02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700.00лева без ДДС с изпълнител [фирма].

ОТМЕНЯ Решение от 10.12.2020г. на Ръководителя на управляващия орган на Оперативна програма „Околна среда“, с което е определена финансова корекция по договор за безвъзмездна финансова помощ № Д-34-2/10.02.2016г. за изпълнение на проект BG16M1OP002-1.001-0001, с бенефициент МРРБ С. в размер на 25% от стойността на засегнатите от

нарушението разходи по сключени договори № РД-02-29-152/18.08.2016г. на стойност 65310.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]; №РД-02-29-148/10.08.2016г. на стойност 83340.00лева без ДДС с изпълнител [фирма]; №РД-02-29-149/10.08.2016г. на стойност 85500.00лева без ДДС с изпълнител [фирма] и №РД-02-29-147/10.08.2016г. на стойност 83700.00лева без ДДС с изпълнител [фирма], като неправилно и незаконосъобразно.

ОСЪЖДА УО на ОП „Околна среда“, да заплати на МРРБ, сумата от 635.70лева - разноски по делото за заплатена държавна такса по делото и 100.00лева за юристконсултско възнаграждение.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред ВАС на РБ в 14 дневен срок от съобщаването му.

СЪДИЯ: