

РЕШЕНИЕ

№ 1849

гр. София, 21.03.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 1 състав, в
публично заседание на 23.02.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Радостин Радков

при участието на секретаря Галя Илиева, като разгледа дело номер **7973** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 - 178 от Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във вр. с чл. 27 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ). Образувано е по жалба на Столична община /СО/, представлявана от кмета на СО, срещу Решение от 28.07.2021 г. на Ръководител на УО на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ /ОПОС/ при Министерство на околната среда и водите /МОСВ/, с което е определена корекция в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключените договори и по двете обособени позиции: **ОБОСОБЕНА ПОЗИЦИЯ /ОП/ № 1: Договор № А-23/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 18800.00 лв. без ДДС и ОП № 2: Договор № А-22/25/02/2021 г. с изпълнител „Геодет“ на стойност 18800.00 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.** Навежда доводи за противоречие на процесното решение с материалноправните разпоредби, неправилно и необосновано. Моли решението в обжалваната част да бъде отменено. В съдебно заседание се представлява от юрк. Т.. Претендира присъждане на разноски и юрисконсултско възнаграждение в минимален размер.

Ответникът - Ръководител на УО на ОПОС 2014-2020 г. при МОСВ, представляван от С. З., сътрудник с юридическо образование, взема становище за неоснователност на жалбата. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение по списък.

Съдът, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото

доказателства, намира следното от фактическа страна:

В изпълнение на проект с рег. № В.-5.004-0005 „Изпълнение на дейности за подобряване на качеството на атмосферния въздух в Столична община чрез доставка на 52 броя нови електрически автобуси и специализирано оборудване за тях“, финансиран по Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ въз основа на Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /АДБФП/ № Д-34-98/09.10.2019 г. с рег. Номер в ИСУН 2020 - В.-5.004-0005-С02, сключен между МОСВ, в качеството му на УО на ОПОС и СО – бенефициент и [фирма] – партньор, са сключени два договора: ОП № 1: Договор № А-23/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 18800.00 лв. без ДДС и ОП № 2: Договор № А-22/25/02/2021 г. с изпълнител „Геодет“ на стойност 18800.00 лв. без ДДС.

С писмо изх. № 5-004-0005-2-615/15.06.2021 г. на ръководителя на УО на ОПОС, бенефициера СО е уведомен за резултатите от осъществен последващ контрол на процесната обществена поръчка. В писмото са отразени констатациите на УО на ОПОС за нарушения при провеждането ѝ, както и за основателността и размера на предложената финансова корекция. Регистрирани са сигнали за нередност № 738 и 739. Първото установено нарушение е прието за такова по чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „б“ от Закона за обществените поръчки /ЗОП/, а именно незаконосъобразни и ограничаващи критерии за подбор, които притежават потенциален възпиращ от участие ефект. Посочено е, че това нарушение може да бъде квалифицирано като категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., изменена с ПМС № 35/04.03.2020 г. /Наредбата/, а именно „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“. Прието е, че същото, предвид потенциалното финансово влияние, обосновава налагането на финансова корекция по пропорционалния метод, а предвид липсата на възможност да бъде изчислена реалната вреда на нарушението, не е налице приложимост на диференциалния такъв. Сочи се, че е налице минимално ниво на конкуренция, получени са 10 броя оферти – 5 броя на ОП1 и 5 броя на ОП2, като всички отговарят на поставените от възложителя критерии за подбор. Поради това е прието за обосновано прилагането на минимален размер на финансова корекция, а именно 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по договор за ОП 1 - № А-23/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма], сключен на стойност 18800.00 лв. без ДДС и по договор за ОП 2 № А-22/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма], на стойност 18800 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. Второто установено нарушение е прието за такова по чл. 70 ал. 7, т. 1, във вр. с чл. 70, ал. 5, изр. 3 от ЗОП, а именно незаконосъобразна методика. Посочено е, че това нарушение може да бъде квалифицирано като категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като по разглежданата процедура общо 10 броя оферти са преминали критериите за подбор по двете обособени позиции – 5 броя на ОП1 и 5 броя на ОП2. Поради това е прието, че следва 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 ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, по договор за ОП 1 - №

А-23/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма], сключен на стойност 18800.00 лв. без ДДС и по договор за ОП 2 № А-22/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма], на стойност 18800 лв. без ДДС.

С възражение с изх. № СОА21-ДИ04-2031-(2)/28.06.2021 г., СО се е възползвала от правото си на защита по отразените констатации на УО на ОПОС. Посочено е, че са незаконосъобразни твърденията за дискриминационни критерии и не е налице нередност по смисъла на чл. 2, пар. 36 от Регламент 1303/2013, както и че неправилно са анализирани изискванията, заложиени в оценителната методика, като не са съобразени правилно разписаните в нея условия и дефинирани понятия, поради което е направен необоснован извод за противоречието с чл. 70 ал. 7, т. 1, във вр. с чл. 70, ал. 5, изр. 3 от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП.

С решение на Р. на ОПОС от 28.07.2021 г., издадено на осн. чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73 от ЗУСЕСИФ, е определена на бенефициента СО с партньор [фирма], на осн. чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, финансова корекция по пропорционалния метод от стойността на разходите, признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране по ОПОС 2014-2020 г., представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, в размер на 5% по Договор № А-23/25.02.2021 г. за изпълнение на ОП № 1, сключен с изпълнител [фирма] на стойност 18800 лв. без ДДС и 5% по Договор № А-22/25.02.2021 г. за изпълнение на ОП № 2, сключен с изпълнител [фирма] на стойност 18800 лв. без ДДС, в резултат на проведена процедура по ЗОП за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Изготвяне на комплексен доклад за оценка за съответствие и упражняване на строителен надзор при изпълнение на „И. и проектиране, авторски надзор и извършване на строително-монтажни дейности за изграждане на кабелни линии СрН, кабелни линии НН и нов БКТП за захранване на нови зарядни станции за електрически автобуси на територията на Автобусно поделение З. и Автобусно поделение М.“ с 2 обособени позиции: ОП 1 „И. и проектиране, авторски надзор и извършване на строително-монтажни дейности за изграждане на кабелни линии СрН, кабелни линии НН и нов БКТП за захранване на нови зарядни станции за електрически автобуси на територията на Автобусно поделение З.“ и ОП 2 „И. и проектиране, авторски надзор и извършване на строително-монтажни дейности за изграждане на кабелни линии СрН, кабелни линии НН и нов БКТП за захранване на нови зарядни станции за електрически автобуси на територията на Автобусно поделение М.“.

Сочи се в решението, че е налице отклонение, което представлява нарушение на чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „б“, във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, пораждащо потенциален възпиращ от участие ефект, което е квалифицирано като категория нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ Прието е, че предвид потенциалното финансово влияние, обосновава налагане на финансова корекция по пропорционалния метод и поради липсата на възможност да се изчисли реалната вреда на нарушението, не е налице приложимост на диференциалния такъв, като при определяне на приложимия размер корекция в взето предвид, че е налице високо ниво на конкурентна среда. Посочено е, че в конкретния случай е налице минимално ниво на конкуренция –

получени са 10 броя оферти – 5 броя за ОП 1 и 5 броя за ОП 2, като всички отговарят на поставените от възложителя критерии за подбор и поради това УО на ОПОС е счел за обосновано прилагането на минималния размер на финансова корекция.

Сочи се в решението също така, че е налице нарушение на чл. 70, ал. 7, т. 1, във вр. с чл. 70, ал. 5, изр. 3 от ЗОП, което е прието за нарушение, съставляващо нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, доколкото по разглежданата процедура общо 10 броя оферти са преминали критериите за подбор по двете обособени позиции – 5 броя по ОП 1 и 5 броя по ОП 2, като е прието 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 ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ по Договор № А-23/25.02.2021 г. за изпълнение на ОП № 1, сключен с изпълнител [фирма] на стойност 18800 лв. без ДДС и по Договор № А-22/25.02.2021 г. за изпълнение на ОП № 2, сключен с изпълнител [фирма] на стойност 18800 лв. без ДДС. Прието е, че при определяне на размера на финансовата корекция на констатираните нарушения, УО на ОПОС в съответствие с чл. 3, ал. 1 от Наредбата е отчел характера и тежестта на нарушенията и финансовото им отражение, както и че предвид чл. 3, ал. 2 от Наредбата, размерът на финансовата корекция се определя чрез прилагане на диференциален или на пропорционален метод и отчитайки обстоятелството, че в конкретния случай не е възможно да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушенията върху предоставената финансова помощ по договора и не е приложим диференциалният подход е неприложим, УО на ОПОС е приложил пропорционалния метод при определяне на финансовата корекция. Констатираните нарушения са приети като незаконосъобразна методика/критерий за възлагане които правят невъзможно да бъде реално установено финансовото отражение на нарушенията върху предоставената безвъзмездна финансова помощ.

В заключение е посочено, че са идентифицирани 2 броя нарушения, които обосновават налагане на финансова корекция на осн. Т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата и съгласно чл. 7 от Наредбата, при констатираните нередности, посочени в Приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансова корекция не се натрупва. Прието е, че в този случай се индивидуализира финансова корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, чиито размер е равен на най-високия приложим процент. Въз основа на това, УО на ОПОС е определил финансова корекция в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключените договори и по двете обособени позиции, а именно по ОП № 1: Договор № А-23/25.02.2021 г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 18800 лв. без ДДС и по ОП № 2: Договор № А-22/25.02.2021 г., сключен с изпълнител [фирма] на стойност 18800 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

С жалба с вх. № 28167/11.08.2021 г., СО е оспорила пред АССГ решение на Р. на ОПОС от 28.07.2021 г., като жалбата е входирана директно в съда.

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

По допустимостта на жалбата, същата е в срока по чл. 149, ал. 1 от АПК, от легитимирано лице по чл. 147, ал. 1 от АПК, срещу подлежащ на оспорване

административен акт, поради което е процесуално ДОПУСТИМА. Актът е издаден от компетентен административен орган, съгласно Заповед № РД-553/27.05.2021 г. на министъра на околната среда и водите, съобразно която, главният директор на ГД ОПОС осъществява делегираните му функции на ръководител на управляващия орган, сред които и издаването на решения за определяне на финансови корекции. С Решение на МС № 792/17.12.2013 г. са определени органите, отговорни за управлението, контрола, координацията и одита на ЕСИФ и други инструменти и инициативи на ЕС през периода 2014-2020 г., като дирекция „Кохезионна политика за околна среда“ в МОСВ, е определена за управляващ орган на ОПОС 2014-2020 г. С изменението на решението с ПМС № 364/02.06.2014 г., дирекция „Кохезионна политика за околна среда“ е заменена с „Главна дирекция „Оперативна програма „Околна среда“, като съгласно чл. 33, ал. 2 от Устройствения правилник на МОСВ (приет с ПМС № 208/27.09.2017 г.) ГД ОПОС изпълнява функциите на УО на ОПОС за програмните периоди на Кохезионната политика на ЕС и всички произтичащи от това задължения и отговорности, съгласно регламентите на ЕС, КФ и Структурните фондове. Съобразно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. При издаването му е спазена и предвидената писмена форма, като съдържа фактически и правни основания за неговото издаване.

Разгледана по същество, жалбата е НЕОСНОВАТЕЛНА по следните правни съображения:

При издаване на процесното Решение от 28.07.2021 г. на ръководителя на УО на ОПОС при МОСВ, с което е определена корекция в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключените договори и по двете обособени позиции: ОП № 1: Договор № А-23/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 18800.00 лв. без ДДС и ОП № 2: Договор № А-22/25/02/2021 г. с изпълнител „Геодет“ на стойност 18800.00 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, административният орган от правна страна се е позовал на разпоредбите на чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, във вр. с чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ и т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Съгласно нормата на чл. 73 от ЗУСЕСИФ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. При издаване на оспореното решение на Р. на ОПОС са спазени административно производствените правила. На бенефициента СО е осигурена възможност да представи възражение по основателността и размера на предложената финансова корекция, като е уведомен с писмо изх. № 5-004-0005-2-615/15.06.2021 г. за резултатите от осъществен последващ контрол на процесната обществена поръчка, констатациите на УО на ОПОС за нарушения при провеждането ѝ, както и за основателността и размера на предложената финансова корекция. Жалбоподателят

надлежно е упражнил правото си на защита с представено възражение с изх. № СОА21-ДИ04-2031-(2)/28.06.2021 г., което е обсъдено при издаване на оспореното решение. В изпълнение на общите правила по чл. 35 и чл. 36 от АПК и в съответствие с чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, решението на Р. на ОПОС е издадено след изясняване на фактите и обстоятелствата по случая, събиране на относимите доказателства и осигуряване на възможност на засегнатото лице - бенефициента, за участие и защита, реализирано чрез представеното възражение. В своето решение, ръководителят на УО подробно и в съответствие със значимостта на извършваната дейност е изследвал всички относими факти, взел е предвид тяхното проявление в съвкупност и е обсъдил настъпилите последици. Ето защо следва да се приеме, че решението е издадено при спазване на административнопроизводствените правила и наведените твърдения за нарушение в тази насока не се споделят.

В правилата за възлагане на обществените поръчки са въведени принципите на ДФЕС, а именно тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и произтичащите от тях принципи, посочени в чл. 2, ал. 1, т. 1-4 от ЗОП. При нарушаване на тези правила се нарушават посочените принципи, а това винаги оказва негативно влияние върху разходите на Съюза. При извършване на нарушения на ЗОП, не може във всеки случай да бъде доказан точен размер на вредата и нейното реално настъпване. Тази вреда се преценява от гледна точка не само на нейното реално проявление, но и на възможно такова. За безспорно следва да се приеме, че изпълняването на операции, финансирани със средства на Съюза, особено от бенефициенти, които са публични възложители, следва да бъде в съответствие с правилата за възлагане на обществените поръчки. Правилата на европейските директиви в тази насока са от изключителна важност както за националния, така и за европейския законодател, след като е прието, че дори потенциалната възможност за негативно засягане на разходите на Съюза при тяхното нарушаване, следва да се възприема като осъществяване състава на нередност, която от своя страна е основание за определяне на финансова корекция. Потенциалната възможност за нанасяне на вреда на средствата от Съюза изключва доказването на непосредствена причинно-следствена връзка между установеното нарушение и тази потенциална вреда, както неправилно се възприема от жалбоподателя. Достатъчно е да се обоснове, че не може да се изключи настъпването на такава вреда за бюджета. А., това е сторено от ръководителя на УО на ОПОС в процесното решение. Съобразно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: 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. В този смисъл е и разписаното в текста на разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г., даваща определение на понятието за „нередност“. В т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата е разписано, че вид нередност е използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. А самата нередност са случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Съобразно първата посочена за нарушена разпоредба на чл. 63, ал. 1, т. 1, буква „б“ от ЗОП, възложителят може да определя критерии, въз основа на които да установява, че кандидатите или участниците разполагат с необходимите човешки и технически ресурси, както и с опит за изпълнение на поръчката при спазване на подходящ стандарт за качество. Възложителят може да изисква от кандидата или участника да е изпълнил дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, за последните три години от датата на подаване на заявлението или на офертата - за доставки и услуги. Същата е обвързана с нормата на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съгласно която при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. В тази част правилно е прието, че в обявлението и в документацията за участие в Раздел „Технически и професионални възможности“, възложителят е поставил ограничително изискване, изразяващо се в това, че към датата на подаване на офертата, лицата от екипа предложен от участника, следва да фигурират в Списъка на правоспособните физически лица, чрез които се упражнява дейността, който в случая е неразделна част от удостоверението за извършването на дейностите по чл. 166, ал. 1, т. 1 от ЗУТ. В съответствие с чл. 8, ал. 2, т. 3 от Наредба № РД-02-20-25/03.12.2012 г. за условията и реда за издаване на удостоверение за вписване в регистъра на консултантите за оценяване на съответствието на инвестиционните проекти и/или упражняване на строителен надзор, за да бъдат вписани съответните правоспособни

физически лица в списъка към удостоверението, те следва да докажат наличие на петгодишен професионален опит по специалността. Настоящият съдебен състав изцяло споделя изводите на ръководителя на УО на ОПОС, че така формулираното условие ограничава участниците да кандидатстват в обществената поръчка, тъй като предвид липсата на знание и известност дали ще бъде определен за изпълнител на обществената поръчка или не, не е налице потребност да влага допълнителен ресурс, за да отговори на изискването на възложителя, което безспорно представлява необосновано ограничително изискване. В процесния случай, настоящата съдебна инстанция намира, че е нарушена забраната на чл. 2, ал. 2 от ЗОП да се ограничава конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки. /в този смисъл решение № 16310/29.11.2019 г. по АД № 8770/2019 г. на ВАС, Седмо отделение/ Съобразно другата посочена в решението разпоредба на чл. 70, ал. 7, т. 1 от ЗОП, в документацията възложителят посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации. Същата е обвързана с нормата на чл. 70, ал. 5, изр. трето от ЗОП, съобразно която показателите, включени в критериите по ал. 2, т. 2 и 3, не трябва да дават неограничена свобода на избор и трябва да гарантират реална конкуренция. В тази част отново правилно е прието от административния орган, че е утвърдена незаконосъобразна методика за определяне на комплексната оценка на офертите. Същата създава предпоставки за неравно третиране и разубеждаващо въздействие за потенциалните участници в процедурата, като не предоставя възможност да се прецени нивото на изпълнение, предложено за всяка оферта, съответно да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения на участниците. Съдържанието на т. 1 и т. 2 от надграждащите елементи се припокрива изцяло със съдържанието на минималните изисквания. В същите точки се изисква разпределението на дейностите по изпълнение на услугите, предмет на съответната обособена позиция, както и обосновано посочване възлагането на отделни задачи между членовете на експертния екип на участника, а пък в минималните изисквания е поставено условие за предложено разпределение на отговорностите и дейностите между експертите, начини на осъществяване на комуникация с възложителя, координация и съгласуване на дейностите. От изложеното

е видно, че изискванията имат идентично съдържание. От тук може да се направи обоснован извод, че този подход за разглеждане и оценяване възпрепятства предвидимостта при оценяването на офертите на участниците, като оказва възпиращ ефект по отношение на потенциалните участници и води до липса на информираност на заинтересованите лица за това по какъв начин да подготвят офертите си, за да бъдат допуснати до оценка и гарантират получаване на съответния брой точки. Освен това са налице и неясни елементи и условия, като например „и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената услуга“. Формулировка, при която не е ясно кои организационни аспекти биха били възприети от възложителя като осигуряващи нужното качество на изпълнение на поръчката и кои не биха с определили като такива. В настоящия случай, настоящата съдебна инстанция намира, че е нарушена забраната на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 70, ал. 7, т. 1, във вр. с чл. 70, ал. 5, изр. 3 от ЗОП, като посочените отклонения притежават потенциален възпиращ от участие ефект. /в този смисъл решение № 3309/12.03.2021 г. по АД № 13356/2020 г. на ВАС, Седмо отделение/

В процесното решение на ръководителя на УО на ОПОС са установени всички факти, имащи отношение към извършените от страна на възложителя нарушения. Мотивите на административния орган са изложени и в писмо с изх. № 5-004-0005-2-615/15.06.2021 г. В административния акт са установени всички елементи от понятието за нередност, съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 г., обуславящи основателността на определената финансова корекция. Налице е нарушение на националното право - законодателство в областта на възлагането на обществените поръчки. Същото е резултат от действие на икономически оператор - бенефициент на средства от ЕСИФ. Посочено е негативното финансово влияние на нарушението, доколкото не може да се изключи по недвусмислен начин възможността за нанасяне на вреда. Наличието на тези три предпоставки води до безусловен извод, че е налице съставомерност на нередността по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕИФ, за която УО на ОПОС е бил длъжен да предприеме корективни мерки, чрез извършване на финансова корекция по отношение на сключения с жалбоподателя договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ за финансиране на одобреното проектно предложение, във връзка с което е сключен процесният договор. Потенциалната вреда е съществен елемент на нередността и е в пълно съответствие с практиката и на Европейския съд. В тази връзка следва да се посочи, че в жалбата не са изложени съществени аргументи, които да

оборват констатациите на ръководителя на УО за извършените нарушения, а аргументите на жалбоподателя следва да се приемат за неоснователни.

От страна на УО на ОПОС са констатирани нарушения на предвидените в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, като това нарушение е подведено под нормата на т. 11, буква „б“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, която по силата на законовата делегация, съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, посочва случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ. В тази връзка, настоящият съдебен състав счита, че е приложена правилно разпоредбата на т. 11, буква „б“ по отношение на нарушенията по т. 1, тъй като са установени неправомерни критерии за подбор, но е налице ниско ниво на конкурентна среда, както и по отношение на т. 2 от решението, тъй като общата категория нередности по т. 11 се отнася до основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. Както бе посочено по-горе, безспорно се установява, че методиката за оценка на офертите има отношение към изборния от възложителя критерий за възлагане. При това положение и с оглед предполагаемия негативен финансов ефект върху средствата от ЕСИФ, то установената нередност за всеки конкретен случай на нарушение, е основание за определяне на финансова корекция. Въведена е презумпция, че ако съответното нарушение не би било налице, то разходването на средствата от ЕСИФ би било в пълно съответствие със стратегията на Съюза за интелигентен, устойчив и приобщаващ растеж, както и с принципите на ДФЕС за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и произтичащите от тях принципи на публичност и прозрачност, равнопоставеност и недопускане на дискриминация, свободна конкуренция. Ето защо нарушаването на правилата за възлагане на обществените поръчки винаги е свързано с нарушаване на посочените принципи, което се възприема най-малкото като възможност за нанасяне на вреда на финансовите интереси на Съюза. Оттук следва, че нарушението би имало за последица нанасянето на вреда от средствата от ЕСИФ.

Предвид изложеното, настоящия съдебен състав счита, че са налице всички изброени по-горе нередности, същите са правилно квалифицирани и е спазена процедурата по определяне на финансова корекция върху допустимите средства от ЕСИФ по сключения в резултат на поръчката договор. От индивидуализираните в обжалваното решение нередности би могло да настъпят вреди за средствата от ЕСИФ. В своята практика СЕС приема, че нередности без точно финансово изражение могат сериозно да засегнат финансовите интереси на Съюза. В случай, че не може да бъде изключена категорично възможността да бъде нанесена вреда чрез установеното нарушение, то тогава вреда има, тъй като дейностите в рамките на ЕСИФ и операциите, които те подкрепят, следва да са в съответствие с приложимото право на Съюза и свързаното с него национално право. При тълкуването на разпоредбата на чл. 2, т. 7 от Регламент № 1083/2006 г. на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския социален фонд и Кохезионния фонд за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 (на която съответства разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013 г.), Съдът е стигнал до заключението, че финансовото отражение на нередността се презюмира и не следва да бъде предмет дори на отделно доказване, при всички случаи на установена нарушена правна норма. В тази насока Съдът посочва в свои решения, че по Структурните и Кохезионния фондове следва да се финансират единствено дейности, провеждани в пълно съответствие с правото на Съюза и че доколкото не може да се изключи възможността нарушенията да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то същите представляват нередност, която обуславя прилагането на финансова корекция (решение по дело С-406/14 от 14.07.2016 г., решение по дело С-465/10 от 21.12.2011 г.). Размерът на финансовата корекция се изчислява чрез прилагане на диференциален или на пропорционален метод – чл. 3, ал. 2 от Наредбата. Съгласно нормата на чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нередностите по чл. 1, ал. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в Приложение № 1. Съобразно чл. 1, ал. 1 от Наредбата, това са случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕИФ. В настоящия случай финансовата корекция е определена от УО на ОПОС чрез прилагане на пропорционалния метод, доколкото поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици и затова за

определянето на финансовата корекция е приложен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Определянето на конкретния размер на финансовата корекция е предоставено в оперативна самостоятелност на ръководителя на УО и тази оперативна самостоятелност е ограничена единствено от естеството и сериозността на нарушението, допуснато от бенефициера и финансовото отражение, което то има или би могло да има върху средствата от ЕСИФ. В процесния случай преценката на ръководителя на УО е правилна и обоснована е определен конкретният размер на финансовата корекция от 5%, като в оспореното решение са изложени достатъчно подробно мотиви в тази насока. В тази връзка не се споделят изложените в жалбата твърдения за незаконосъобразност и необоснованост на административния акт.

Ето защо, с оглед изложените правни съображения, оспореното Решение от 28.07.2021 г. на ръководител на УО на ОПОС при МОСВ, с което е определена корекция в размер на 5% от стойността на засегнатите от нарушението и признати от УО на ОПОС за допустими за финансиране разходи по сключените договори и по двете обособени позиции: ОП № 1: Договор № А-23/25.02.2021 г. с изпълнител [фирма] на стойност 18800.00 лв. без ДДС и ОП № 2: Договор № А-22/25/02/2021 г. с изпълнител „Геодет“ на стойност 18800.00 лв. без ДДС, представляващи средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, се явява законосъобразно, постановено в съответствие с процесуалния и материалния закон, а жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора и на осн. чл. 143, ал. 3 от АПК, съдът намира за основателно направеното искане от страна на процесуалния представител на ответника за заплащане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 350 лв., съгласно представен списък по чл. 80, във вр. с чл. 78, ал. 8 от ГПК. Съобразно нормата на чл. 25, ал. 1 от Наредбата за заплащането на правната помощ, за защита по дела с определен материален интерес възнаграждението е от 100 до 360 лв.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 АПК, Административен съд- София град, Трето отделение, 1-ви състав

Р Е Ш Е Н И Е:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Столична община, представлявана от кмета на СО, срещу Решение от 28.07.2021 г. на Ръководител на УО на Оперативна програма „Околна среда 2014-2020 г.“ при Министерство на околната среда и водите.

ОСЪЖДА Столична община, **ДА ЗАПЛАТИ** на Министерство на

околната среда и водите, сумата 350 /триста и петдесет/ лева.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред ВАС на РБ в 14 дневен срок от съобщението до страните за постановяването му.

СЪДИЯ: