

РЕШЕНИЕ

№ 3852

гр. София, 10.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 30.05.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **11177** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/, във връзка с чл.73 ал.4 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционно фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Столична община, представлявана от А. А. - в условията на заместване на кмета г-га Ф., като упълномощено лице, подписало жалбата с електронен подпис, срещу Решение № РД-02-36-1086 от 24.09.2021г. на заместник-министъра на Министерството на регионално развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г., с което е приключен сигнал за нередност и на жалбоподателя е наложена финансова корекция в размер на 5% от стойността на разходите по договор № В.-1.001-0001-С01-У-07 (СОА19-ДГ55-62/04.02.2019г.) с изпълнител [фирма] на стойност 10 080,00лв. без ДДС с предмет: „Извършване на одит по проект: Изграждане, и основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община“.

В съответствие с проверката по чл.158 АПК, съдът, намира, че жалбата е редовна, в съответствие с изискванията за форма, съдържание и приложения.

На следващо място и в съответствие с чл.159 от АПК, настоящият състав счита, че жалбата е допустима, като подадена от активно легитимирано лице, в срок, срещу

подлежащ на обжалване акт и при липса на отрицателни предпоставки за разглеждането и.

С оспорваният административен акт - Решение № РД-02-36-1086 от 24.09.2021г. и за да наложи финансова корекция, Р. е установил нарушение на чл.63 ал.1 т.1 б.“б“ вр. чл.2 ал.1 и 2 от ЗОП, в приложимата към 12.06.2018г. редакция, като е приел, че е налице нарушение, изразяващо се в използване на технически спецификации, които не са дискриминационни, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. Процесното нарушение, квалифицирано, като нередност следва от Раздел III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от Обявлението на обществената поръчка с което, от страна на Столична община, като възложител по ОП, е въведено изискването всеки участник да притежава опит в изпълнението на услуги за извършване на одит, като през последните три години участника следва да е изпълнил и/или участвал в изпълнението на най-малко една услуга по извършване на одит.

В рамките на настоящето производство и с депозираната жалба, Столична община твърди, че процесното изискване изцяло кореспондира с нормата на ЗОП в приложимата и редакция към момента на откриване на процедурата за избор на изпълнител, като възложителя може да определя критерии, въз основа на които да установи, че участниците разполагат с опит за изпълнение на поръчката, при спазване подходящ стандарт, като може да изисква от тях да са изпълнили дейности с предмет и обем, идентични или сходни с тези на поръчката, най-много три години от датата на подаване на офертата – за доставки и услуги.

Успоредно с това, възразява, че видно от работата на Комисията, няма нито един участник отстранен на посоченото основание, като оферти в процедурата са подали общо 11 участника, с което са създадени максимални условия за достъп без ограничаване конкуренцията и е защитен интереса на възложителя, респ. налице са оптимални условия за разходване на публични средства.

На следващо място, възразява, че процесното нарушение не представлява нередност, тъй като не отговаря на фактическият състав по чл.2 т.36 от Регламент № 1303/2013г., понеже финансовият ефект има санкционен характер и не може да се предполага, респ. в хипотезата на възможност такъв да настъпи, това следва да се докаже, чрез обоснован анализ на фактите.

Ответната страна - заместник-министър на Министерството на регионално развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г., изразява становище за неоснователност на жалбата и по подробни съображения, аналогични с обективизираните в обжалваният акт, моли жалбата да бъде оставена без уважение.

Административен съд София-град, Трето отделение, 74състав, като взе предвид твърденията на страните, приложената административна преписка и събраните доказателства по делото, съобрази:

Обществената поръчка е открита с решение на възложителя № СОА18-РД93 от

03.07.2018г. и предмета и включва извършване на одит по проект „Изграждане, и основен ремонт/реконструкция на 26 училища и детски градини на територията на Столична община.“, като по същество избраният изпълнител следва да извърши одит за съответствие на извършените дейности на изискванията на ОПРР 2014-2020г. и националното и европейското законодателство, както и отчетността, документалната обосновааност и законосъобразност на извършените разходи.

По силата на чл. 63 ал.1 т.1 б. “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, най-много за последните три години от датата на подаване на заявлението или на офертата.

В процесният казус, видно от обжалваното решение, спора се свежда до това дали изискването „от датата на подаването на офертата“, както следва от законовият текст допуска формулировка „от крайната дата за подаване на оферти“, както е записано в обявлението на обществената поръчка.

Видно от обявлението на процедурата, крайният срок за подаване на оферти е 07.08.2018г., т.е. един месец след откриване на процедурата.

В своята практика и в аналогична хипотеза, ВАС е имал възможността да се произнесе, че: „Незаконсъобразно е записано, че изискването е за последните 3 г., считано от крайната дата за подаване на офертите, а съгласно законовата разпоредба изискването е за последните три години от датата на подаване на заявлението или офертата / на участника/, а не от крайната дата на подаване на офертите....“

След като възложителят в бланката със законовия текст е записал посочените незаконсъобразни изисквания потенциалните участници ще приемат, че това са специфичните изисквания.“/виж Решение № 13499 от 30.10.2020 г. на ВАС по адм. д. № 13726/2019 г./.

В този смисъл, настоящият състав приема, че нарушение е налице, така, както същото е посочено и от Р. в оспорваният акт.

Посоченото нарушение обаче, не може да се квалифицира като нередност, тъй като по силата на чл.2 пар.36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година, „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

В унисон с това, за да е съставомерна нередност, основание за налагане на ФК, разпоредбата на чл.70 ал.1 т.10 от националния ЗУСЕСИФ изисква да е налице

нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно ал.2 на цитираната норма, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

В обжалваното решение, Р. се е позовал на нередност по т.11 б. „б“ 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, а именно - технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, като 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;

На базата на тази нормативна уредба настоящият състав си поставя въпроса, какво е по същество изискването на възложителя.

По същество, с условието на от Раздел III.1.3 „Технически и професионални възможности“ от Обявлението на обществената поръчка, възложителят изисква срок, по-малък от максимално допустимият по закон – тригодишен срок от подаване на офертите. Така, лицата отговарящи на изискването за опит в последните три години, следва да подадат оферта в период по-кратък от лицата, чиито опит изтича чак към крайният срок на подаване на оферти. Като се вземе предвид, че срока за представяне на офертите е един месец, то в най-рестриктивния случай следва се приеме, че посредством посоченото изискване, срока за валидност на придобитият от участниците опит е определен на две години и единадесет месеца, предшестващи подаване на офертите.

В тази връзка Върховния административен съд вече се е произнасял по приложението на нормата в същата, приложима и към настоящият спор редакция, постановявайки, че „посочената разпоредба поставя максимален срок от три години за изпълнените дейности, като не е предвиден минимум. Това означава, че поставеният в конкретния случай срок от една година не противоречи на посочената разпоредба“./ виж Решение № 2599 от 24.02.2021 г. на ВАС по адм. д. № 10853/2020 г.,/.

Така от текста на нормата и съдебната практика, следва извода, че възложителят може да определи по своя дискреция срок, ненадвишаващ три годишният, без това да води до нарушение, изразяващо се в ограничаване на конкуренцията. Разбира се, този срок следва да е ясен, т.е. определен а не определяем по тълкувателен път, така, че по отношение на кандидатите в процедурата да не е налице неяснота относно изискванията на възложителя.

Безспорно, текста на използваната от възложителя формулировка е непрецизна и може да създаде неизвестна яснота. Същата обаче не дискриминационна, нито води до ограничаване достъпа до кандидатите от гледна точка на съществуването си и на своето съдържание, тъй като законодателят е преценил, че такъв ще бъде налице само когато изискването на възложителя е в отклонение с минимално или максимално допустимият срок по чл.63 ал.1 т.1 б.“б“ от ЗОП. В тази връзка и доколкото възложителя е можел да определи и едногодишен срок, не може да се приеме, че е налице ограничение на достъпа на кандидатите, съгласно изискването на т.11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. От гледна точка на своята формулировка обаче, срока е непрецизен, неясен и съответства на понятието нарушение, като първа предпоставка за от фактическият състав на бюджетната отговорност, израз на която е и финансовата корекция.

Преценката за съставомерност, т.е. от формалност към резултатност на допуснатото нарушение обаче, следва да бъде подплатена с най-същественият аргумент на съда, а именно – липса на обосновка защо конкретната формулировка води или би могла да доведе до финансово отражение върху бюджета. Т.е. защо е налице нарушение с резултат спрямо бюджета на ЕС/националния, а не чисто формално такава.

В своето Решение от 31 март 2022 година по дело C-195/21, ECLI:EU:C:2022:239, Съдът на ЕС е приел, че:

„ 48 В съответствие с член 58, параграф 1, втора алинея от тази директива възлагащият орган може да налага на икономическите оператори като изисквания за участие само критериите, посочени в член 58, параграфи 2, 3 и 4 от Директивата, отнасящи се съответно до годността за упражняване на професионалната дейност, до икономическото и финансовото състояние, както и до техническите и професионалните способности. По-нататък посочените изисквания трябва да са ограничени само до тези, които са необходими, за да се гарантира, че кандидатът или оферентът има както правните и финансовите възможности, така и техническите и професионалните способности да изпълни възлаганата поръчка. Освен това всички тези изисквания трябва да са пропорционални на предмета на поръчката и да са свързани с него.

49 При определянето на критериите за подбор възлагащият орган трябва и да спазва основните принципи за възлагането на поръчки, посочени в член 18, параграф 1 от Директива 2014/24. Той следва също така, първо, да третира икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминира, както и да действа по прозрачен и пропорционален начин, второ, да гарантира, че не подготвя поръчката с цел да я изключи от обхвата на тази директива или изкуствено да ограничи конкуренцията, като я подготви с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение.“

На следващо място, пак от практиката на СЕС /виж Решение от 01 октомври, 2020г. по дело C-743/18, L. SIA „E. M. M.“, ECLI:EU:C:2020:767/, вече на плоскостта на изискванията на Регламент 1303/2013, отменящ Регламент 1083/2006, самият той отменен с Регламент 2018/1046, но при идентитет на понятието „нередност“, следва,

че:

„50 Що се отнася до понятието „нередност“, то е определено в член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006 като всяко нарушение на разпоредба на правото на Съюза, произтичащо от действие или бездействие на стопански субект, което има или би имало като последица ощетенето на общия бюджет на Съюза чрез отчитане на неоправдан разход в него.“

Така в т.51 на посоченото Решение, Съдът в Л. подчертава, че съществуването на нередност, следователно, предполага наличието на три елемента, а именно, на първо място, нарушение на правото на Съюза, на второ място, това нарушение да произтича от действие или бездействие на стопански субект и на трето място, наличието на действителна или потенциална вреда, причинена на бюджета на Съюза.

Относно третият елемент на понятието нередност, а именно - наличието на вреда, причинена на бюджета на Съюза, СЕС подчертава, в т.66 на решението си, че „от член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006 следва, че нарушение на правото на Съюза или на националното право, приложимо към подпомаганите от фондовете операции, представлява „нередност“ по смисъла на тази разпоредба, ако има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза чрез отчитането на неоправдан разход в него.“

Безспорно, както потвърждава съюзната юрисдикция, няма изискване да се докаже наличието на точно финансово отражение. Всъщност е достатъчно да не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд (вж. в този смисъл решение от 6 декември 2017 г., С. Nazionale de Amministrare a I. R., C-408/16, EU:C:2017:940, т. 60 и 61 и цитираната съдебна практика).

Доказването на този елемент – да не може да се изключи възможността едно вече установено нарушение да има отражение върху бюджета на съответния фонд, следва да бъде неделима част от обосновката и мотивираността на акта за налагане на финансова корекция. Именно то очертава разликата между формалност и резултатност при преценката за съставомерност на нарушението като основание за налагане на финансова корекция и в хипотеза като настоящата би изпълнило фактическият състав на корекцията, като форма на бюджетна отговорност. Показателно в т.68 на посоченото решение, СЕС излага и възпроизвежда изведените от страните в производството пред него мотиви, в конкретният случай, като приема, че:

„68 В конкретния случай фактът, че бенефициерът е пропуснал да достави наложения му минимален обем на дейност, споменат в преюдициалния въпрос, предполага, че предоставеното от Съюза съфинансиране като насрещна престация за доставката на такъв минимален обем по необходимост е било, поне отчасти, неправомерно изплатено. Следователно такова нарушение на правото на Съюза или на приложимото национално право, произтичащо от бездействие, което може да бъде вменено на бенефициера, може да ошети общия бюджет на Съюза.“

Пренесено на плоскостта на настоящият казус, за да се приеме нередност, достатъчно би било Р. да посочи, че в хипотеза като настоящата, при липса на точно финансово отражение, не може да се изключи наличието на вреда върху бюджета на ЕС, доколкото наличието на ясни условия биха позволили участие на оферент, който да предостави икономически по-изгодна за възложителя оферта или оферта с по-подходящо изпълнение според въведените критерии. Т.е. ясните условия да бъдат изведени като предпоставка мотивираща, респ. неясните условия – като предпоставка, разубеждаваща участието на потенциалните кандидати в процедурата.

Мотиви в тази връзка, обаче Р. не е изложил, поради което не може да се приеме, че е налице установена нередност в съответствие с изискването на чл.2 пар.36 от Регламент 1303/2013г. Дефиницията на нередност предполага съставомерност, установима чрез обосновка наличието на фактите от хипотезата на нормата. Тя не почива на презумпцията, че всяко нарушение води до нередност, в т.ч. и по отношение на нарушенията на „поставяне в опасност“. В настоящата хипотеза Р. е обвързал формалното нарушение, презумптивно с понятието нередност а него презумптивно с наличието на вреда. И макар дефиницията по чл.2 от Регламента да има известен презумптивен характер, то за да се породят взаимовръзката между отделните елементи, всеки от тях следва да бъде установен и обоснован. Т.е. следва да се установи и обоснове защо не може да бъде изключена възможността, нарушението да има отражение върху бюджета. Показателен е примера в т.68 на прецитираното решение на СЕС, където ясно е изведена обосновка на съставомерност в подобна хипотеза.

В заключение и в оспорваният акт, Р. се е позовал и на нормата на чл.2 ал.1 и 2 от ЗОП без обаче да изложи съображения защо счита посочените норми за нарушени и в какво се съотнася нарушението им, така, че то да бъде съставомерно от категорията на нередност, съгласно чл.70 ЗУСЕСИФ. В този смисъл нормата на чл.2 ЗОП и в двете палинеи, е посочена бланкетно, без излагане на мотиви, като съдът не може да мотивира акта вместо органа, за да прецени дали непрецизното изискване на възложителя, в тази специфична хипотеза би довело до необосновано предимство или необосновано ограничение участието на стопански субекти в обществените поръчки. Съответно - явява ли се то несъобразено с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

С оглед всичко гореизложено, оспорваният акт следва да бъде отменен. Предвид своевременно направеното искане за присъждане на съдебно деловодни разноски в размер на 4.84 и адвокатско възнаграждение в размер на 360лв., настоящият състав счита, че същото следва да бъде присъдено на жалбоподателя на основание чл.143 ал.1 АПК.

Поради това и на основание чл. 172 ал.2 предл.пето и чл.143 ал.1 от АПК, Административен съд София-град, Трето отделение, 74 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-02-36-1086 от 24.09.2021г. на заместник-министъра на Министерството на регионално развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г., с което на Столична община е наложена финансова корекция в размер на 5% от стойността на разходите по договор № В.-1.001-0001-С01-У-07 (СОА19-ДГ55-62/04.02.2019г.) с изпълнител [фирма].

ОСЪЖДА Министерството на регионално развитие и благоустройството да заплати на Столична община сумата от 364.84лв. /триста шестдесет и четири лева и осемдесет и четири стотинки/, разноси по делото

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба, пред Върховния административен съд на Република България, в 14 – дневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: