

РЕШЕНИЕ

№ 530

гр. София, 19.01.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 2 състав, в
публично заседание на 14.09.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгения Иванова

при участието на секретаря Ива Лещарова, като разгледа дело номер **2555** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във връзка с чл. 73, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба на Фонд мениджър на финансови инструменти в България (ФМФИБ), представляван от К. С. и П. Л. - членове на Управителния съвет срещу Решение № РД-02-36-205/20.02.2023 г. на заместник - министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г за определяне на финансова корекция по административен договор № BG16RFOP001-6.001-0001 „Управление на предоставените с финансово споразумение средства по приоритетна ас 6 „Регионален туризъм“ за финансови инструменти по ОП „Региони в растеж“ 2014-2020г посредством Фонд на Фондовете във връзка с проведена процедура за възлагане на обществена поръчка с договаряне по реда на чл.73 ал.2 т.1 б“А“ от ЗОП с предмет „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие,финансиран със средства от ОП“Региони в растеж“ по три обособени позиции.

В жалбата са изложени доводи за незаконосъобразност на оспорения административен акт. Посочено е ,че решението на УО на ОПРР не е съобразено с материалноправните разпоредби на ЗУСЕСИФ и 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. Издаденият административен акт не е мотивиран и не са обсъдени

всички обстоятелства от значение за формиране на извода за извършените нарушения. Подробно излага фактичката обстановка по сключване на ДБФП и излага доводи за необоснованост и неправилност на констатациите за извършени нарушения. Цитира съдебна практика на СЕС и на националния съд, която намира за приложима в случая. Иска се отмяна на оспореното решение, като неправилно и незаконосъобразно.

В съдебно заседание чрез процесуален представител жалбоподателя поддържа жалбата и излага подробни доводи за нейната основателност. Представена е писмена защита л.243 и сл.от делото, в която излага аргументи съответстващи на посочените такива в жалбата. Претендира разноски.

Ответникът по жалбата - заместник - министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г чрез юриск.Л. оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена. Представил е писмени бележки с аргументи за законосъобразност на оспореното решение за налагане на ФК.

СГП не изпращат представител и не вземат становище по делото.

Въз основа на съвкупната преценка на представените по делото доказателства, съдът приема за установено следното от фактическа страна и правна страна следното : Оспорването, като направено от легитимирано лице с правен интерес - адресат на акта , в законово регламентирания срок по чл. 149, ал. 1 от АПК и против административен акт, подлежащ на съдебно обжалване и контрол за законосъобразност съгласно чл.73, ал.4 от ЗУСЕСИФ, е процесуално допустимо.

Възражението на жалбоподателя, че не е бенефициент по договора за безвъзмездна финансова помощ по ОПРР 2014-2020 съотв.не следва да е адресат на акта е неоснователно.

Между страните по делото не се спори, а и от събраните доказателства съставляващи административната преписка се установява, че между Фонд мениджър на финансови инструменти в България /ФМФИБ/ и Министерство на регионалното развитие и благоустройство / МРРБ/ е сключено финансово споразумението РД-02-37-253/11.11.2016 г, като УО на ОПРР предоставя подкрепа по линия на финансови инструменти по ОПРР 2014-2020 към ФМФИБ в качеството му на доверен мениджър за инвестиране в допустими проекти на крайни получатели по програмата. Подкрепата с финансови инструменти се изпълнява в рамките на две Приоритетни оси по ОПРР: Приоритетна ос 1 „Устойчиво и интегрирано градско развитие“ и Приоритетна ос 6 „Регионален туризъм“. За целите на въвеждане на информация за сключеното споразумение с ФМФИБ, обхващащо кумулативно ресурса по П01 и П06, в т.ч, въвеждане на сключените оперативни споразумения с финансовите посредници и процедурата за техния избор по ЗОП, съответно в модул „Договори“ на ИСУН 2020 са въведени споразуменията на посочените нива на изпълнение (възложител и изпълнител) и в двете оси. Информацията за споразумението по П01 е въведена в процедура BG16RFOP001-1.042-0001-C01 „Подкрепа за инвестиции чрез финансови инструменти в проекти за устойчиво градско развитие в рамките на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 с наименование „Управление на предоставените с финансово споразумение средства по Приоритетна ос 1 "Устойчиво и интегрирано градско развитие" за финансови инструменти по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, посредством Фонд на Фондовете“. Цитираните процедури в ИСУН 2020 включват единствено общото финансиране от програмата, предоставено от УО на ОПРР към ФМФИБ по силата на разпоредбите на

Финансовото споразумение за финансови инструменти, разделено по конкретните приоритетни оси.

Съгласно чл. 5 от ЗУСЕФСУ (ред. ДВ бр. 39 от 27 Май 2022 г., приложима на основание съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ), финансовите инструменти, финансирани със средства от ЕСИФ, с изключение на тези по чл. 39 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, се изпълняват чрез Фонд на фондовете. Фондът на фондовете се създава като обособен финансов ресурс от програмите по чл. 3, ал. 2 и се управлява въз основа на финансово споразумение, сключено между ръководителя на управляващия орган на съответната програма и лицето, управляващо Фонда на фондовете. С Разпореждане № 5 от 22 юли 2015 г. на Министерския съвет е учредено „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД с предмет на дейност управление на финансовите инструменти, които ще бъдат прилагани по програмите, съфинансирани от ЕФРР, ЕСФ и Кохезионния фонд, както и по ЕЗФРСР и КФМДР в България през програмен период 2014-2020 година. Предвид цитираните норми следва извода, че ФМФИБ изпълнява ролята на фонд на фондовете, съгласно разпоредбите на Регламент 1303/2014 г. за управлението на средствата за финансови инструменти. Съгласно чл. 2, § 27 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 „фонд на фондове“ означава фонд, създаден с цел да се допринесе с подкрепа от програма или програми за няколко финансови инструменти. Когато финансовите инструменти се прилагат посредством фонд на фондове, организацията, прилагаща фонда на фондове, се счита за единствен бенефициер по съответната програма, по смисъла на параграф 10 от чл. 2 от същия Регламент, която прилага финансови инструменти или фонд на фондовете. От изложеното следва, че след като ФМФИБ е бенефициент - получател на средства предоставени от ЕСИФ, който в това му качество е осъществил действия по възлагане на обществени поръчки за разходване на получено безвъзмездно финансиране посредством прилагане на финансов инструмент (в случая Приоритетна ос 1 „Устойчиво и интегрирано градско развитие“), то същият притежава качеството на „икономически оператор“ по смисъла на чл. 2, § 37 от Регламент 1303/2013 г., а именно: всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган. В тази връзка, жалбоподателят притежава качеството икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове и спрямо него следва да се прилагат разпоредите на специалния закон в тази област - ЗУСЕФСУ, включително и по отношение на процедурите по администриране на нередности и налагане на финансови корекции.

В допълнение, съгласно т. 30.2 от Финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016г сключено между МРРБ и ФМФИБ, в случай на установена нередност Мениджърът на фонда възстановява част от вноската, платена от УО, като финансова корекция в процент върху засегнатата от нередността вноска платена от УО конкретна сума. При определяне на размера на финансовите корекции във връзка с отделни системни нередности, установени по изпълнение на Финансовото споразумение, УО прилага чл. 143 от РОПР (Регламент (ЕС) № 1303/2013). Тази разпоредба касае именно правилата относно прилагане на финансови корекции от държавите-членки. Във връзка с гореизложеното, неправилно и необосновано е твърдението на жалбоподателя, че като получател на подкрепа по линия на финансови инструменти от ОПРР 2014-2020, спрямо същия неправилно е приложен реда за налагане на

финансова корекция по реда на ЗУСЕФСУ за констатираните от УО на ОПРР нарушения на ЗОП.

Разгледана по същество жалбата е частично основателна.

С оспореното пред настоящата инстанция Решение № РД-02-36-205/20.02.2023 г. на заместник - министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г е определена ФК в размер на 10% върху допустимите разходи по договор №ОС-3/20.09.2018г с Д.“Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87400000лв по ОП №1 и Договор №ОС-4/20.09.2018г с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен ресурс 130400000лв по ОП № и 25% финансова корекция върху допустимите разходи по договор № ОС-5/20.09.2018г с Д.“Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс [ЕИК] по ОП №3 в частта ,финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-6.001-0001.

Съгласно разпоредбата на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на управляващия орган, одобрил проекта.

Основанието е извършената нередност, която предвид съдържанието на легалната дефиниция на понятието, дадена в чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 г., представлява 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. Еднопосочна е практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС) и на Върховния административен съд на Република България, че нередността, за която се определя финансова корекция, следва да бъде нормативно установена с посочване на предпоставките за осъществяването ѝ и санкцията при проявлението на хипотезата ѝ.

Правомощие да извършат това имат органите посочени в разпоредбата на чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Съгласно последната , органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, като съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕФСУ Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Следователно законът предоставя възможност на ръководителя на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган да делегира правомощията си на ръководител на управляващия орган.

Съгласно чл. 3, ал. 2 от Устройствения правилник на МРРБ, министърът ръководи и представлява Министерството на регионалното развитие и благоустройството, а съгласно чл. 5, ал. 1, т. 10 - „организира, координира и контролира дейността на управляващия орган на Оперативна програма "Регионално развитие" 2007 - 2013 г. и на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 гЛ В ад. 28, ал. 1 от Устройствения правилник се посочва, че Главна дирекция "Стратегическо планиране и програми за регионално развитие" изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно регламентите на Европейския съюз и Структурните и инвестиционните фондове“.

Съгласно Заповед № РД-02-14-180/14.02.2022 г. г-жа Д. Г. - заместник - министър на

регионалното развитие и благоустройството се определя за Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Регионално развитие 2007- 2013 г. и Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г., като ѝ се възлагат функции да ръководи и организира дейността на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. и на Оперативна програма „Регионално развитие“ 2007-2013 . Д. на правомощието по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ е допустимо, съгласно чл. 4, ал. 2 от Устройствения правилник на МРРБ и чл. 9, ал. 5, изр. второ от ЗУСЕФСУ, като в случая делегирането на компетентност на заместник - министъра да упражнява функциите и съответно правомощията на Ръководител на Управляващия орган на ОПРР, е надлежно извършено. Следователно оспорения акт е издаден от компетентен орган и няма основание за прогласяване на неговата нищожност.

Във връзка с изпълнението на Финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г., сключено между МРРБ и ФМФИБ, в рамките на процедура в ИСУН 2020 с № BG16RFOP001-6.001-0001 „Управление на предоставените с финансово споразумение средства по Приоритетна ос 6 "Регионален туризъм" за финансови инструменти по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, посредством Фонд на Фондовете“, е подадено уведомление за съмнение за нередност и е регистриран сигнал за нередност № 2122 във връзка с твърдения за извършени нарушения при процедура за възлагане на обществена поръчка, с предмет: „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие, финансиран със средства от Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014- 2020, разделена на три обособени позиции:

- Обособена позиция 1 - Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие [населено място], финансиран със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 с размер на финансовия ресурс 87 400 000 лева;
- Обособена позиция № 2 - Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие Север, финансиран със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 с размер на финансовия ресурс 130 400 000 лева;
- Обособена позиция № 3 - Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие Юг, финансиран със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 с размер на финансовия ресурс 135 500 000 лева.“.

Сигналят за нередност е регистриран във връзка с констатации в одитен доклад с обхват „Т. системен одит за оценка на ефективното функциониране на системите за управление и контрол на финансови инструменти по ЕСИФ, изградени в Управляващите органи на оперативните програми: „Региони в растеж“, „Иновации и конкурентоспособност“ и „Развитие на човешките ресурси“, както и във „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД“ от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ , действаща като Одитен орган по програмата.

Регистрираният сигнал за нередност е разгледан от УО на ОПРР по реда, установен в Наредбата за определяне на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ във връзка с нарушения, установени при възлагането и изпълнението на обществени поръчки и на договори по проекти, съфинансирани от Структурните фондове, Кохезионния фонд на Европейския съюз, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони, Европейския фонд за рибарство и фондовете от общата програма "Солидарност и управление на миграционните потоци", приета с Постановление 57 на Министерски съвет от 2017 г.

Бенефициентът е уведомен с писмо изх. № 99-00-6-3/04.01.2023 г., изпратено чрез ИСУН, относно сигнала за нередност № 2122, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция. От страна на бенефициентът е представено възражение с изх. № 1414/25.01.2023 г., в което са изложени доводи за липса на нарушения.

За да постанови оспореното пред АССГ решение, ответникът на база одитния доклад е приел за извършени нарушения на ЗОП, квалифицирани както следва :

1. „Незаконсъобразен критерий за подбор - технически и професионални възможности“ – досежно установеното нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП:

Посочва се, че в раздел Ш.1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в т. 3.2.2 от раздел Ш от документацията за поръчката, възложителят е поставил следния критерий за подбор към участниците: „За последните пет години от датата на подаване на заявлението е предоставил кредити (и/или финансов лизинг, ако е приложимо) на юридически или физически лица, или общини, или търговски дружества с общинско или държавно участие в капитала или държавни/общински предприятия по гаранционни схеми и/или схеми за финансиране със споделяне на риска, идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, в размер на минимум (една втора) от размера на обособената позиция, за която кандидатът подава заявление за участие. Под „идентични или сходни с предмета на обществената поръчка“ се разбират гаранционни схеми и/или схеми за финансиране със споделяне на риска и/или други Финансови инструменти за предоставяне на заеми и/или гаранции на Физически или юридически лица, финансирани от публични или финансови институции със средства предоставени от ЕС.“

Нарушен е принципа на чл. 2, ал. 2 от ЗОП в случая, съгласно който 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.

По силата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП възложителите могат да използват спрямо участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката. Поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

Разпоредбата на чл. 63, ал. 6 от ЗОП конкретизира, че като критерий за подбор 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.

В конкретния случай, в нарушение на цитираните разпоредби на ЗОП, възложителят е изискал изпълнените сходни дейности да са били финансирани със средства, предоставени от ЕС. Източникът на финансиране не е релевантен към изискването за опит, предвид подлежащите на изпълнение дейности. Правилен е извода на УО, че възможността на икономическите оператори да изпълнят поръчката не е обвързана с източника на финансиране на съответния проект и следователно не е налице основание за поставянето на такова изискване. Макар и специфични, дейностите, предмет на поръчката, не се различават в зависимост от източника на финансиране.

Посоченото изискване е ограничително за кандидати, които имат опит в изпълнението на схеми от посочения по-горе тип, които не са финансирани със средства на ЕС, а от друг източник - напр. национален, международен, частен инвеститор и т.н.

Наред с това, съгласно Насоките на ЕК за държавите членки относно подбора на организациите, прилагащи финансови инструменти (2016/С 276/01), за да се гарантира избирането на най-подходящите организации за ефикасното прилагане на финансовите инструменти, трябва надлежно да се вземе под внимание опитът на организацията, на която е поверено прилагането на финансов инструмент, в прилагането на подобни финансови инструменти, като изрично е посочено, че не е задължително те да са със средства от ЕС. С оглед на това поставеното от възложителя изискване не е съобразено с предмета на обществената поръчка и противоречи и на чл. 63, ал. 6 от ЗОП.

Предоставянето на безвъзмездната финансова помощ, т. е. на публичен финансов ресурс, включително и тази предоставяна на публичноправен субект, винаги е подчинено на точно определени правила, защото това е гаранция за законосъобразното разходване на публичния финансов ресурс. Безвъзмезден публичен финансов ресурс може да се предоставя само при условията на член 107, параграф 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС), съответно на национално ниво – Законът за държавните помощи, Законът за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), Законът за подпомагане на земеделските производители и др., което обективно определя източника на финансиране на изпълняваните въз основа на предоставен по този ред финансов ресурс проект, защото друг субект освен държавата чрез създадените свои органи за осъществяване на регулираните с тези закони правоотношения не може да предоставя публичен безвъзмезден финансов ресурс. ЗОП дава възможност на възложителя в рамките на неговата оперативната самостоятелност да избере критерия, въз основа на който ще се определи икономически най-изгодната оферта, както и да определи показателите, включени в него, относителната им тежест и начинът за определяне на оценката по всеки показател. В случая въведеното изискване не е обосновано от предмета на поръчката и не предполага гарантиране на качество, поради което същото се явява ограничаващо и би имало разубеждаващ ефект по отношение потенциалните участници, които са изпълнили сходни дейности, които не са били финансирани със средства на ЕС. Изложеното обуславя неоснователност на възражението на жалбоподателя, че използването на израза „средства, предоставени от ЕС“ не попада в ограничението на визираната в доклада разпоредба на чл. 63, ал. 6 от ЗОП, тъй като същото не съставлявало конкретизиране на източник на финансиране.

На следващо място неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че поставеното изискване е пряко свързано с предмета на обществената поръчка и е продиктувано от необходимостта участниците да познават спецификите при разходване на средства от Европейския съюз, в частност гаранционния механизъм по финансовия инструмент ФГР и правилата и условията за допустимост на дейности и допустимост на крайни получатели по ОПРР 2014-2020. Към посочените правила и условия следва да се придържат избраните за изпълнители, т.е. те са част от приложимите условия при изпълнение на предмета на поръчката от финансовите посредници, и не обосновават условието, изискуемият от кандидатите опит да е придобит именно по тези правила. Посоченото нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от

ЗОП, правилно е квалифицирано като нередности по т. 11, буква „а“ и буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, 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. Аргумент за това е, че поставеното от възложителя изискване към участниците представлява критерий за подбор, който е ограничителен, тъй като за изпълнявани сходни дейности специфицира източника на предоставяните средства, възложителят е поставил изискване в противоречие с разпоредбите на ЗОП, като по този начин е създал предпоставки за възпрепятстване на участието на субекти, които биха отговаряли на критериите за подбор ако същият беше съобразен със закона.

Цитираното Решение на СЕС по дело C-195/21 е неотнормимо към настоящия казус доколкото изискванията в цитираните точки 48-51 от съдебното решение не са налице.

Ограничаването на опита на кандидатите само до изпълнявани дейности, финансирани от ЕС и е пропорционално на предмета на поръчката, като същото ограничава кръга на потенциалните икономически оператори, заинтересовани от участие. Действително, както беше посочено и по-горе, възложителят разполага с правото на преценка да определи критериите за подбор, но свободата му на преценка е ограничена от принципите за свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. В решението на СЕС, и конкретно в т. 51 се визира допускане на изискване/критерий за подбор, надхвърлящо минималното ниво, установено от националната правна уредба. В случая разпоредбата на чл. 63, ал. 6 от ЗОП не съдържа минимално ниво, а императивна забрана в критериите за подбор да се обвързва опита на кандидатите с източника на финансиране.

Следователно правилен е извода на УО, че обществената поръчка е проведена при наличието на ограничително условие, което е създало предпоставки за намаляване на конкуренцията и невъзможност на избор на икономически по-изгодна оферта. Констатираното нарушение е съществено поради наличието на потенциален финансов ефект. Изискванията към участниците са формулирани в нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като по този начин възложителят дава необосновано предимство за участие в поръчката на определен кръг икономически оператори и същевременно необосновано ограничава участието на други такива, изпълнявали сходни дейности, които не са били финансирани със средства на ЕС. Съгласно легалната дефиниция в чл. 2 (36) от Регламент (ЕС) X/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. Описаното нарушение е с финансово влияние, съставомерно е и същото се квалифицира като „нередност“ по т. 11, буква „а“ и буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, 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. Предвидения размер на финансовата корекция по б. „А“ е 10%, а по б. „Б“ е 5%.

В случая нередността засяга и трите обособени позиции, но доколкото по ОП №1 и

ОП№3 са допуснати и отговарят на критериите за подбор по две оферти ,а по ОП № 2 една оферта ,то с оспореното решение е определен размер на ФК ,като следва :

- 5% върху допустимите разходи по договор № ОС-3/20.09.2018г с Д. “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87400000лв по ОП №1 и по договор № ОС-5/20.09.2018г с Д. “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000лв по ОП № 3 в частта , финансирана с АДФП № BG16RFOP001-6.001-0001.

- 10% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС-4/20.09.2018г с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен финансов ресурс 130400000лв по ОП№2 в частта,финансирана с АДФП № BG16RFOP001-6.001-0001.

2. „Незаконосъобразно отстранен участник по ОП № 3“ – досежно установеното нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 6б, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и чл. 54, ал. 8 от ППЗОП по тази обособена позиция .

С Решение № ОП-Д-19/19.04.2018 г. на изпълнителния директор на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД от процедурата по ОП № 3 е отстранен участникът „Регионален фонд за градско развитие“ АД, на основание чл. 107, т. 1, предл. второ от ЗОП.

В раздел „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, т. III. 1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението, възложителят е поставил следното изискване към участниците:

„За последните пет години от датата на подаване на заявлението е предоставил, а крайният получател е усвоил финансиране, под формата на кредити и финансов лизинг, за дейности, идентични или сходни с предмета на поръчката с общ брутен размер (преди провизии и след приспадане на предоставеното финансиране на свързани лица) поне 1 (един) път стойността на финансовия ресурс по съответната обособена позиция, за която кандидатът подава заявление за участие. “

Мотивите на възложителя за отстраняване на участника са, че неговият подизпълнител „Сожелис България“ ЕООД не отговаря на цитираното по-горе изискване.

Съгласно чл. 6б, ал.1 ЗОП кандидатите трябва да посочат в заявлението подизпълнителите и дела от поръчката, които ще им възложат, ако възнамеряват да използват такива, като в този случай те трябва да представят доказателство за поетите от подизпълнителите задължения.

Отстранения участник „Регионален фонд за градско развитие“ АД е подал оферти и по трите обособени позиции, като за всяка от тях участва с подизпълнителя „Сожелис България“ ЕООД с дял в изпълнението в размер на 10 % от стойността на поръчката. Съгласно констатация 15 (относима и за трите обособени позиции) от протокол № 1/09.02.2018 г. на комисията „ от подадената декларация на „ Сожелис България “ ЕООД по чл. 6б, ал. 1 от ЗОП не може да се установи по безспорен начин дали определеният процент (10 %) е относим към дела от портфейла, който се очаква да бъде създаден и управляван или към дела в общото възнаграждение за управление на финансовия инструмент“. Съгласно констатация 1 (относима само за ОП № 3) от същия протокол е налице разминаване между сбора на усвоения размер на отделните лизинги, с които се доказва сходния портфейл, и посочената обща сума на портфейла от тези лизинги. В ЕЕДОП на „Сожелис България“ ЕООД подизпълнителят е приложил таблица с договорени лизинга, чийто сбор не е 9 823 793 лв., а е над 13 550

000 лв.

За отстраняването на нередовността комисията е поискала СЖЛБ да представи коректния размер на предоставеното от „Сожелис България“ ЕООД финансиране (сходен портфейл).

В протокол № 1 на комисията не е констатирано, че представеният от „Сожелис България“ ЕООД опит в изграждане на сходен портфейл по ОП № 2 и ОП № 3 не е достатъчен за покриване на изискванията на възложителя.

В депозираните на 19.02.2018 г. от „Регионален фонд за градско развитие“ АД допълнителни документи относно ОП № 3 е налична нова декларация на „Сожелис България“ ЕООД по чл. 66, ал. 1 от ЗОП, съгласно която подизпълнителят ще изпълнява 10 % от стойността на портфейла, който се очаква да бъде създаден по поръчката. Наличен е и нов ЕЕДОП на „Сожелис България“ ЕООД с таблица с описани лизингови договори, чийто сбор кореспондира и е равен на посочената обща сума на портфейла - 9 823 793 лв.

Подадените допълнителни документи не доказват, че подизпълнителят „Сожелис България“ ЕООД покрива изискването за стойността на сходния портфейл, тъй като посоченият опит е за дейности под 13,04 млн. лв. и 13,55 млн. лв. съответно за ОП № 2 и ОП № 3. В протокол № 3 на комисията е отразено, че на 13.04.2018 г. комисията е изпратила ново писмо до „Регионален фонд за градско развитие“ АД само относно ОП № 2 с установена нова нередовност в документите на участника, а именно „Посоченият размер на предоставеното от „Сожелис България“ ЕООД финансиране е по-малък от 10 % от размера на обособената позиция и от дела в поръчката, която „Сожелис България“ ЕООД се ангажира да изпълни, в качеството си на подизпълнител.“ С писмото от 13.04.2018 г., повече от месец след изтичане на петдневния срок по чл. 54, ал. 9 от ППЗОП, комисията е дала възможност на „Регионален фонд за градско развитие“ АД да избегне отстраняване поради констатирания по-горе пропуск в протокол 1, който не е по вина на кандидата. С писмото от 13.04.2018 г. комисията не е изисквала допълнителна информация по ОП 3, въпреки че представеният от подизпълнителя опит в таблицата с лизингови договори в ЕЕДОП не покрива 10 % от финансовия ресурс и по ОП № 3.

Както е отразено в Протокол № 3 на комисията, кандидатът „Регионален фонд за градско развитие“ АД с писмо от 16.04.2018 г. е потвърдил дела на „Сожелис България“ ЕООД от 10 % и е представил декларации, които допълват подадените ЕЕДОП-и за всяка от обособените позиции. Представеният опит в подадените декларации за покриване на критерия „опит в изграждане на сходен портфейл“ е за 27 810 876 лв., който е достатъчен за удовлетворяване на изискването към подизпълнителя и по трите обособени позиции, съгласно условията на обявлението. Предвид това обстоятелство, „Сожелис България“ ЕООД отговаря на критериите за подбор в съответствие с вида и дела на участието му като подизпълнител в изпълнението на поръчката, т.е. изпълнени са и изискванията на чл. 66, ал. 2 от ЗОП.

Комисията не е приела предоставените документи за относими и по ОП 3, тъй като е счела, че допустимостта на подизпълнителя „Сожелис България“ ЕООД по ОП № 3 е била вече безспорно установена към момента на изпращане на писмото от 13.04.2018 г. и поради това в него няма изискване за предоставяне на доказателства за допълнителен опит по ОП 3, а само по ОП 2.

Съгласно чл. 54, ал. 8 от ППЗОП когато установи липса, непълнота или несъответствие на информацията, включително нередовност или фактическа грешка,

или несъответствие с изискванията към личното състояние или критериите за подбор, комисията ги посочва в протокола по чл. 54, ал. 7 от ППЗОП и изпраща протокола на всички участници в деня на публикуването му в профила на купувача.

В конкретния случай комисията е предложила за отстраняване кандидата „Регионален фонд за градско развитие“ АД от ОП № 3, като е мотивирала решението си с невъзможността чл. 54, ал. 9 от ППЗОП да се прилага многократно, докато един или повече кандидати представят нужните документи и информация, с които да докажат съответствие с поставените от възложителя критерии за подбор.

Не са посочени убедителни аргументи ,защо след като Комисията е разполагала с доказателства, че подизпълнителят „Сожелис България“ ЕООД отговаря на критериите за подбор и по двете позиции, то при идентични обстоятелства и еднаква получена информация, комисията е съобразила поведението си с принципите на ЗОП и е допуснала участника до оценка по ОП № 2, а по ОП № 3 е предложила същия участник за отстраняване.

В Протокол № 1 от работата на комисията изрично е посочено, че : „Доколкото Комисията констатира идентичност при представяне на информацията в Заявлението по ОП 3 и приложените към него документи, в това число по отношение на техния вид и брой с тези по ОП 1, по ОП 3 кандидатът следва да има предвид вече посочените констатации за ОП 1... За установяване па съответствие с изискванията към личното състояние и критериите за подбор във връзка с констатациите на комисията, кандидатът следва да представи документи, аналогични на представените за ОП 1...“ т.е Комисията е приела за идентична ситуацията. Вярно е ,че комисията би могла да направи безспорно заключение относно съответствие или несъответствие на подадения от СЖЛБ портфейл едва след изясняване на основното обстоятелство, а именно какво е разбирането на подизпълнителя за обема на декларираните от него „10 % от поръчката“. Независимо от това УО правилно е съобразил , че след като първоначално / в Протокол № 1 / комисията обективно не е могла да установи нередовността в офертата на отстранения участник, то след изясняване на информацията е имало възможност на по-късен етап да го коригира.

Съгласно чл. 107, т. 1 от ЗОП възложителят отстранява от процедурата участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка или в документацията.

Съгласно чл. 66, ал. 2 от ЗОП подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата.

Доколкото в случая участникът „Регионален фонд за градско развитие“ АД е бил отстранен от процедурата по ОП № 3, а е допуснат при идентични обстоятелства по ОП1 и ОП2 ,то неправомерно жалбоподателя е приложил чл. 107, т. 1 от ЗОП. Това е така ,тъй като съгласно тази разпоредба освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява и кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка, поканата за потвърждаване на интерес или в покана за участие в преговори, или в документацията. В случая се установи ,че кандидата за участник в процедурата по ОП3 Регионален фонд за градско развитие“ АД не е нарушил чл. 66, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и чл. 54, ал. 8 от ППЗОП,поради което правилно е прието от ответника в настоящия процес ,че неправомерно го е отстранил в хипотезата на чл.107 ал.1 от ЗОП и е квалифицирал нередността като такава по т.14 „Критериите за подбор

или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“ от Приложение № 1 към чл. 2, 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.

Размера на определената финансовата корекция е 25% върху допустимите разходи по договор № ОС-5/20.09.2018г с Д. “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс[ЕИК] по ОП № 3 в частта , финансирана с АДФФП № BG16RFOP001-6.001-0001.

3. „Липса на прозрачност по време на преговорите по ОП № 1“ – относно установеното нарушение на чл. 76, ал. 7 и ал. 10 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 4 от ЗОП.

На 02.05.2018г. Възложителят е изпратил до допуснатите участници покани за подаване на първоначални оферти до кандидатите. По обособена позиция № 1 са получени две оферти и са проведени преговори с двама участника в процедурата в периода 18.06.2018 г. - 20.06.2018 г. Поканата за подаване на окончателните оферти е изпратена на участниците по обособена позиция № 1 на 09.07.2018 г. с краен срок за получаването им - 23.07.2018 г. Протоколите от проведените преговори с участниците са публикувани в профила на купувача на 14.08.2018 г т.е. след крайния срок за получаване на окончателните оферти.

По силата на чл. 76, ал. 7 от ЗОП при състезателна процедура с договаряне възложителят провежда преговори с участниците за подобряване съдържанието на първоначалните и последващите оферти. Съгласно чл. 76, ал. 10 от ЗОП на всеки етап от преговорите възложителят информира писмено участниците в него за всички промени в техническата спецификация или в друг документ от документацията, когато е допустимо и възложителят предоставя на участниците достатъчно време за отразяване на промени в офертите и представянето им.

В процеса на преговорите по обособена позиция № 1 са приети различни предложения за промяна на клаузи от проекта на оперативното споразумение. Една група от тях касаят различни срокове, като новите срокове са по-благоприятни за изпълнителите, а именно: по клауза 4.7. - удължени са сроковете по клауза 6.2 (тези, в които изпълнителят се задължава да заплати всички средства от заемния лимит към крайните получатели и да постигне целевите индикатори и междинните цели, за неизпълнението на които търпи санкции); по клауза 15.1 (а) - удължен е срокът за предоставяне на месечна справка от „7-мо число на месеца, следващ края на месеца, за който се отнася“ на „7 работни дни след края на месеца, за който се отнася“; по клауза 15.9. - удължен е срокът за осигуряване на съответствието с изискванията на споразумението или изключване на договора за финансиране от допустимия портфейл и заместване с друг договор за финансиране от 3 на 6 месеца; по клауза 17.3. - променена е периодичността на дължимото изпълнение; по клауза 20.1. (в) — удължен е срокът за поправяне/ отстраняване на неизпълнение от 30 дни на 30 работни дни; по клауза 20.5(Ш) - удължен е срокът за прехвърляне на правата по договорите за финансиране от 1 на 6 месеца.

Други съществени промени касаят задълженията на изпълнителя, а именно: относно санкциите при неизпълнение на междинните цели по клаузи 6.2 и 20.1 от образца на споразумението; по клауза 20.4. - отпаднала възможност ФМФИБ да иска и обезщетение за претърпените от ФМФИБ вреди в резултат на лошото изпълнение на

задълженията на изпълнителя; по клауза 20.6 намален е размерът на дължимата от изпълнителя неустойка за неизпълнение на задължение по клауза 20.5; по клауза 20.7 намалено е обезщетението в случай на неизпълнение на задълженията по клауза 6.9 или при неполагане на дължимата грижа за събиране на вземания по договори за финансиране; по клауза 20.9 (i) е отпаднало задължението на ФГР да обезщети ФМФИБ.

Видно от гореизложеното, промените визират срокове за действие, дефиниции на ключови понятия, отговорност, задължения на изпълнителя, санкциите при неизпълнение на междинните цели и др. Т.е. по време на преговорите са изменени съществени елементи от проекта на споразумението. С всеки участник в преговорите е възприет различен проект на оперативно споразумение, който не е резултат на проведените преговори за една и съща обособена позиция са договорени различни срокове за изпълнение, различни моменти на настъпване на определени събития, различни определения по отделни клаузи и т.н. В следствие на това възложителят е създал условия за нарушение на принципа на равнопоставеност при представяне на окончателните оферти.

За всеки от участниците по обособена позиция № 1 постигнатите с другия участник договорености се явяват допълнителна информация, която му е необходима при изготвянето на окончателната оферта за изпълнение на поръчката. Липсата на предоставяне на тази допълнителна информация от страна на възложителя е лишила участниците от възможността за отразяване на промените в офертите си. Възложителят не е информирал писмено участниците за всички промени в техническата спецификация или в друг документ от документацията, на всеки етап от преговорите, както изисква разпоредбата на чл. 76, ал. 10 от ЗОП. Публикацията на протоколите от 14.08.2018 г. няма отношение към подготовката на окончателните оферти, тъй като е направена след крайния срок за подаването им.

На първо място неоснователно е възражението на жалбоподателя, че съгласно чл. 76, ал. 10 от ЗОП възложителят информира писмено участниците когато е допустимо ", т.е. няма изрично императивно законово изискване за уведомяване, а право на преценка за възложителя, обвързано със спазване на изискванията на чл. 76, ал. 15 от ЗОП за получаването на изрично съгласие за предоставяне на информация за постигнатите договорености с участника на другите участници в процедурата, каквото не е дадено от останалите участници в преговорите .

Освен изричната разпоредба на чл. 76, ал. 10 от ЗОП, принципите за прозрачност и равнопоставеност изискват от възложителя да даде възможност на участниците да подобрят своите оферти, а не да договаря с тях различни и несъпоставими клаузи, тъй като се нарушава състезателният елемент на преговорите. Възложителят се е съгласил на по-благоприятни условия за изпълнение за единия участник в една част от условията, а по отношение на другия - за друга част. Затова е необходимо предоставянето на информацията, с цел възложителят да постигне по-добро предложение на базата на постигнатите договорености.

Неоснователно е и твърденията на жалбоподателя, че промените в хода на преговорите са свързани с оперативното изпълнение на финансовия инструмент, както и че постигнатите договорености за подобрение са от различно естество предвид различната структура и съдържание на подадените първоначални оферти. Изложените мотиви са неотнормирани към документираното в констатацията нарушение на чл. 76, ал. 10 от ЗОП, а именно - задължението на възложителя да информира

писмено участниците за всички промени в проекта на оперативно споразумение в резултат на преговорите (т.е. промените в клаузите на договора между ФМФИБ и Финансовия посредник).

За това нарушение е определена ФК от 10% върху допустимите разходи по Договор № ОС -3 / 20.09.2018г с Д.“Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87400000лв по ОП №1 ,в частта финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-6.001-0001.

Във връзка с твърдението, че по своето правно естество изискванията по чл. 76, ал. 7 и ал. 10 от ЗОП не са форма на нередност по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, съдът намира следното :

Установеното нарушение на чл. 76, ал. 10 ЗОП е достатъчно да обуслови извод за нарушение на принципите на равнопоставеност и на публичност и прозрачност, прогласени в чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 4 ЗОП, посочени за нарушени от органа, т. к. императивното изискване на чл. 76, ал. 10 ЗОП се явява тяхна гаранция.

Настоящата инстанция обаче намира за неправилен извода на УО , че така установеното нарушение на чл. 76, ал. 10 ЗОП във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 4 ЗОП съответства на категорията нередност по т. 9. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности. Това е така, защото от една страна, посочената нередност има отношение към етапа от процедурата, свързан с нейното откриване и публикуване на информация в Регистъра на обществените поръчки, респ. и в Официален вестник на Европейски съюз, с оглед стойността на обществената поръчка. От друга страна, съгласно даденото от законодателя описание на нередността, същата се отнася към липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация. Изпълнителните деяния на нарушението, което съставлява посочената нередност, изискват възложителят да не е изпълнил императивните си задължения за публикуване или предоставяне на разяснения/допълнителна информация, които се отнасят до критериите за подбор или критериите за възлагане на поръчката. Критериите за подбор, съгласно чл. 59 и сл. ЗОП са тези изисквания на възложителя, които се отнасят до годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност от участниците (респ. кандидатите), икономическото и финансовото им състояние и/или техническите и професионалните им способности, с които се цели установяване на възможността на участниците да изпълнят поръчката и на които същите следва да докажат, че отговарят, за да им бъде евентуално възложено изпълнението на поръчката вследствие проведената процедура при състезателни условия. Критериите за възлагане също са изчерпателно посочени в чл. 70, ал. 2 ЗОП и имат за цел да определят икономически най-изгодната за възложителя оферта. Както критериите за възлагане, така и критерият за подбор (доколкото икономически най-изгодната оферта може да се определи само въз основа на един от три възможни) се посочват в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата или поканата за потвърждаване на интерес, и в документацията за обществена поръчка. В тази връзка, нарушение на ЗОП, което съставлява нередност по смисъла на т. 9. 3, би имало, например, когато се установи, че във връзка с въведените от възложителя критерии за подбор и/или критерият за възлагане на поръчката е поискано от потенциални участници разяснение по смисъла на чл. 33 ЗОП и такова не е предоставено на участниците в

законоустановения срок. Критериите за подбор и критерият за възлагане не подлежат на обсъждане в хода на провеждани между възложителя и участниците преговори. Доколкото сочените от органа фактически обстоятелства не се отнасят нито до посочените от възложителя в обявлението за оповестяване откриването на процедурата за възлагане на обществената поръчка критерии за подбор, нито до критерия за възлагане на обществената поръчка, а до извършени в хода на провежданите преговори промени в документацията за обществената поръчка, за които същият не е информирал участниците, то не са изпълнени предпоставките от хипотезата на правната норма, очертаваща състава на нередността по т. 9. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности. Предвид неблагоприятния характер на актовете за финансова корекция правно основание за издаването им не могат да бъдат разпоредби, приложени по аналогия, нито е допустимо предвидените от законодателя основания за финансови корекции да се тълкуват разширително (В този смисъл Решение № 10026 от 24.10.2023 г. на ВАС по адм. д. № 7323/2023 г., VII о., Решение № 13236/23.12.2021 г. по адм. дело № 7996/2021 г. на ВАС, VII о.; Решение № 3145/04.04.2022 г. по адм. дело № 10632/2021 г. на ВАС, VII о.).

По изложените съображения не е налице нередност, която да е основание за определяне на финансова корекция, съгласно изложеното в т. 3.3 от оспореното решение на Р. на ОПРР, засягащо допустимите разходи по договор № ОС-3/20.09.2018г с изпълнител Д.“Фонд за устойчиви градове“ по ОП№1 , което прави безпредметно обсъждането на въпроса за определения за нея размер.

Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, когато са установени две или повече нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 с. з., се определя една финансова корекция за всички нередности, които засягат един и същ допустим разход. Размерът на дължимата от бенефициера финансова корекция е равен на размера на най-високия процентен показател, приложен за определяне на размера на финансовата корекция за всяка от нередностите, установени с акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ. Това законодателно решение сочи, че в акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ визира. Установяването на нередност сама по себе си няма разпоредително действие, без да е определен (определяем) размерът на финансовата корекция, т. е. не може да възникне задължение за нея. Ето защо и законодателят изрично сочи в разпоредбата на чл. 14, ал. 3 НАНЕСИФ, че решението за определяне на финансова корекция се счита за първа писмена оценка по смисъла на ал. 1, когато съдържа всички нейни изискуеми реквизити, т. е. установява наличието на нередност. След определяне на размера на финансовата корекция за всяка от установените нередности и преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, органът разпорежда определянето на една финансова корекция, която се явява ликвидното - определено по основание и по размер, задължение, което се възлага на бенефициера с решението по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ.

С оглед на този характер на акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ в хипотезата на приложимост на правилото на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, тогава, когато съдът установи, че не е осъществена някоя от нередностите, за които е индивидуализирана по основание и размер финансова корекция, и за същата не е определен най-високия

приложим процентен показател, не следва с нарочен диспозитив да отменя акта в установителната част за тази нередност. Това е така и когато за нередността, за която съдът приема, че не е установена, съответно не би могла да съставлява основание за определяне на финансова корекция, органът е определил процентен показател, равен на най-високия приложим процентен показател на корекцията, при приложение на правилото на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, съответно чл. 7 Наредбата за посочване на нередности. Поради декларативния си характер, частта от решението, в която са изложени фактическите установявания на органа, подведени под хипотезата на сочената за нарушена от него правна норма, представлява само мотиви на административния акт, а те не могат да бъдат отменени. Или, казано с други думи, за акта не следват никакви последици, освен констатация, че не е налице едно от основанията, мотивирали издаването му. Обратното, при установени повече от една нередност, за които са индивидуализирани по основание и размер финансови корекции, съответно органът е определил процентен показател на корекцията, равен на най-високия приложим такъв на основание чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, когато съдът установи, че не е налице нередността, за която е определен най-високият процентен показател на корекцията, но е налице нередност, за която е индивидуализиран по-нисък процентен показател, то следва да отмени акта в частта на корекцията над размера, определен за нередността, която е прието, че е установена, до определения размер на корекцията, съответен на най-високия процентен показател на корекцията за нередността, която не е установена.

В настоящия случай е налице индивидуално определена корекция по отношение на установената в т. 1. 1. от решението на Р. нередност и е определена финансова корекция от 5% от допустимите разходи по Договор № ОС -3 / 20.09.2018г с Д.“Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87400000лв по ОП №1 ,в частта финансирана с АДФП № BG16RFOP001-6.001-0001.

Същите разходи / по горепосочения договор / са засегнати и от нередност , квалифицирана от органа по т. 9. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности, с посочен процентен показател на корекцията - 10 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ.

Съдът е обвързан от посочената правна квалификация и няма правомощието да дава собствена такава, нито би могъл да поправи допуснатата от органа грешка в изписването на правната квалификация, защото по този начин би променил целта, която преследва издателят на акта с неговото постановяване, което е недопустимо. Когато посочените в акта правни норми са неотнормирани към установените факти, както е в случая, описан по – горе , оспорения акт подлежи на отмяна на основание чл. 146, т. 3 АПК.

Следователно ,при действието на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ и след като настоящия съдебен състав приема ,че нарушението по чл. 76, ал. 7 и ал. 10 от ЗОП не се субсимира в хипотезата на т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, следва да се направи извод ,че оспореното решение ,в частта на определената финансова корекция над 5% до 10%, досежно разходите по Договор № ОС -3 / 20.09.2018г с Д.“ Фонд за устойчиви градове“ по ОП №1 е незаконосъобразно и следва да се отмени в тази му част.

Липсата на допуснати процесуални нарушения при издаване на оспорения

акт, досежно определената ФК в размер на 10% върху допустимите разходи по Договор №ОС-4/20.09.2018г с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен ресурс 130400000лв по ОП № 2 и 25% финансова корекция върху допустимите разходи по договор № ОС-5/20.09.2018г с Д. “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс [ЕИК] по ОП №3 в частта ,финансирана с АДФП № BG16RFOP001-6.001-0001 и неговата материална законосъобразност са обстоятелства , които дават основание на настоящия състав да отхвърли жалбата на Фонд мениджър на финансови инструменти в България (ФМФИБ), представляван от К. С. и П. Л. - членове на Управителния съвет срещу Решение № РД-02-36-205/20.02.2023 г. на заместник - министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 в тази му част.

Предвид изхода на делото искането на ответника за присъждане на разноски следва да бъде уважено, като на основание чл.143, ал.1 от АПК, в тежест на жалбоподателя следва да бъде възложено заплащането на юрисконсулско възнаграждение в размер на 300лв., съгласно чл. 25 от Наредбата за заплащането на правната помощ във връзка с чл.78, ал.8 от ГПК и чл.37 от Закона за правната помощ.

Водим от горните мотиви и на основание чл.172, ал.2, предложение второ от АПК, АССГ 2ри –състав,

Р Е Ш И :

ОТМЕНЯ по жалба на Фонд мениджър на финансови инструменти в България (ФМФИБ), представляван от К. С. и П. Л. - членове на Управителния съвет, Решение № РД-02-36-205/20.02.2023 г. на заместник - министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020г , в частта с която е определена финансова корекция над 5% до 10%, досежно разходите по Договор № ОС -3 / 20.09.2018г с Д. “ Фонд за устойчиви градове“ по ОП №1, за установена нередност по т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, 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, за допуснато нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Фонд мениджър на финансови инструменти в България (ФМФИБ), представляван от К. С. и П. Л. - членове на Управителния съвет срещу Решение № РД-02-36-205/20.02.2023 г. на заместник - министъра на регионалното развитие и благоустройството и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, в частта на наложената ФК в размер на 10% върху допустимите разходи по Договор №ОС-4/20.09.2018г с „Регионален фонд за градско развитие“ АД ОП №2 и 25% финансова корекция върху допустимите разходи по договор № ОС-5/20.09.2018г с Д. “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс [ЕИК] по ОП №3 в частта , финансирана с АДФП № BG16RFOP001-6.001-0001 като неоснователна.

ОСЪЖДА Фонд мениджър на финансови инструменти в България (ФМФИБ), представляван от К. С. и П. Л. - членове на Управителния съвет, да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройство сумата от 300 /триста/

лева, представляваща юрисконсулско възнаграждение.

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

СЪДИЯ :