

# РЕШЕНИЕ

№ 4757

гр. София, 16.07.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 54 състав,**  
в публично заседание на 15.04.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Атанас Николов**

при участието на секретаря Ирена Йорданова, като разгледа дело номер **10421** по описа за **2020** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.73 ал.4 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/ вр. чл. 145 и сл. от АПК.

Образувано е по повод на жалба на Министерство на образованието и науката, представлявано от министъра на образованието и науката К. В., чрез процесуалния представител Д. Г. срещу решение №Р02-286 от 01.10.2020г. на изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП „НОИР“), за определяне на финансова корекция в размер на 3560,02лв., представляваща 5 на сто върху стойността на всички поискани за възстановяване допустими разходи по договор № НОИР-ДЗОП-2 от 22.11.2019 г. с изпълнител „АПО Анализи за приобщаващо образование, на стойност 59 333,63 лв. без ДДС, сключен в резултат на проведена открита обществена поръчка по реда на ЗОП с предмет: „Център за образователна интеграция на децата и учениците от етническите малцинства по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020-г.“, с възложител – МОН на ИА ОПНОИР. Жалбоподателят твърди, че оспореният акт е постановен в противоречие с приложимите материално-правни норми и несъответства на целта на закона. Сочил, че решението е немотивирано и необосновано. Моли съда да отмени акта, в оспорената му част като постановен в нарушение на материалния закон и неправилен.

В съдебно заседание, жалбоподателят се представлява от юрисконсулт А., която

поддържа жалбата и претендира присъждане на разноски.

Ответникът по жалбата Ръководителя на УО на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж” 2014-2020-г.” чрез процесуалния си представител – Т. М. оспорва жалбата. Моли съда да отхвърли жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на разноски по делото.

По фактите.

На 16.05.2019 г. между Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г. и Министерството на образованието и науката е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ за проект „Активно приобщаване в системата на предучилищното образование“.

На 01.10.2020 г., с Решение №02-286, ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г. определя на Министерството на образованието и науката финансова корекция в размер на 5% от предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор с ДЗЗД „АПО – Анализи за приобщаващо образование“ за нередност за нарушение на чл. 33, ал. 1 от Правилника за прилагане на закона за обществените поръчки (ППЗОП) във вр. с чл. 2, ал. 2 от Закона за обществените поръчки (ЗОП). Фактическите и правните основания за определяне на корекцията са посочени в писмото за започване на производството по определяне на финансова корекция, както и в Решение № 02-286/01.10.2020 г. за определяне на финансова корекция, приложени като доказателства по делото. Установено е нарушение на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или на участниците” 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 установената нередност е определяна финансова корекция в размер на 5 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по сключения договор № НОИР-ДЗОП- 2/22.11.2019 г. с изпълнител „АПО-Анализи за приобщаващо образование” ДЗЗД на стойност 59 333.63 лева без ДДС и 71 200,35 лева с ДДС.

На 15.10.2020 г. Министерството на образованието и науката подава жалба срещу Решение №02-286 на ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г.

Относно правото.

Жалбата е подадена в предвидения срок от надлежна страна, адресат на оспорения административен акт, поради което е процесуално допустима. Разгледана по същество е неоснователна по следните съображения.

Съгласно чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и

размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл.9, ал.5, изр.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е Министерство на образованието и науката, който със Заповед № РД-12 - 251/30.10.2017 г., на основание чл.19, ал.4, т.4, чл.19а, ал.1 и чл.54, ал.5 от Закона за администрацията, във връзка с §7 от Постановление № 237 на Министерския съвет от 23.10.2017г. за създаване на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и за приемане на Устройствен правилник на Изпълнителна агенция Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ и чл. 3, ал.1 от Устройствения правилник е възложил на К. Г. да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“. С оглед на горното съдът прави извод, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл.59, ал.2, т.4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

Съдът намира оспорвания акт за съответен на приложимите материалноправни разпоредби:

Според чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай, тя е започнала по инициатива на управляващия орган, и е налице допустим способ за инициране на административното производство. Жалбоподателят е уведомен писмено както за осъществения последващ контрол по законосъобразност на проведената обществена поръчка, така и за установените в хода на тази проверка нарушения - описани са нарушенията, правната им квалификация по ЗОП, в коя хипотеза на Наредбата за посочване на нередности попадат нарушенията и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен. Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция ръководителят на УО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такъв срок е предоставен на жалбоподателя и той е упражнил правото си да направи възражение, което е обсъдено подробно в мотивите на решението и са изложени аргументи защо не е прието изцяло. За да се наложи финансова корекция по посочения текст на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ следва да е налице основание - 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 нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от РЕГЛАМЕНТ (ЕС) № 1303/2013 НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 17 декември 2013 година,

според която това е 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. Чл.2, т.37 определя като „икономически оператор” 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. Доколкото в случая жалбоподателят – Централна лаборатория по приложна Физика – Б., [населено място] участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г.

Съгласно чл.70 ал.2 от ЗУСЕСИФ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал.1 т.9 /сега т.10/ на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет.

В случая безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ поради което приложима по отношение на нея е 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.

Съгласно чл.1, т.1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват 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 /сега т. 10 на ал.1/ от ЗУСЕСИФ. Съгласно чл.2. ал.1 от Наредбата за посочване на нередностите, Нередностите по чл.1, т.1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1/, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

Целта на налагане на посочените финансови корекции е визирана в чл.71, ал.1 от ЗУСЕСИФ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия да са в съответствие на приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Следва да се посочи, че финансова корекция не е санкция, в този смисъл Регламент № 2988/95 чл. 4, решение от 26.05.2016 г. по съединени дела C-260/14 и C-261-14, решение C-158/08 СЕС, C-341/2013, C-599/13 на СЕС, където се обяснява, че задължението за връщането на облага, недължимо получена чрез нередност не представлява санкция, а просто последица от установяване, че условията, необходими за получаване на

облагата, произтичащи от правовата уредба на Съюза не са били спазени, като по този начин получената облага се явява недължима.

Спорът между страните е свързан с правилността на изводите на НО по приложението на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

В оспореното пред съда решение е прието, че във връзка с изпълнение на административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ BG05M2OP001-3.005-0004-C01 от 16.05.2019 г. от „Център за образователна интеграция на децата и учениците от етническите малцинства“, като партньор по проекта и възложител е проведена обществена поръчка съгласно чл. 20, ал. 3 от ЗОП - събиране на оферти с обява с предмет: „Проучване и картографиране на средата, в която се реализира взаимодействието детска градина -семејство при изпълнение на проект „Активно приобщаване в системата на предучилищното образование“, финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ (ОП НОИР). НО е установил нарушение на чл. 33, ал. 1, изр. второ от ППЗОП във връзка с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11 „Използване на критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или на участниците“, тъй като при определяне начина на оценка на предложенията на участниците по показател „организация на персонала“ възложителя е предвидил оценяване на пълнота и начин на представяне на информацията в документите. Като критерий за възлагане на обществената поръчка е посочен икономически най-изгодната оферта, определена въз основа на критерия за оптимално съотношение качество/цена. Показателят „Организация на персонала“ на който е придадена най-голяма тежест при оценяване е определен като „оценка на разпределение на ресурсите и организация на екипа в съответствие с изискванията на възложителя, заложен в техническата спецификация за постигане на заложените цели и очаквани резултати“. Същевременно е поставено изискването към участниците, предложената от тях организация на персонала да осигурява изпълнение на четири минимални изисквания на възложителя и едновременно с това 5 надграждащи обстоятелства, наречени елементи, в зависимост от които ще се присъжда и съответния брой точки. Правилно административния орган е отбелязал в анализа си, че по отношение на първите две надграждащи обстоятелства (елементи), в контекста на третото минимално изискване е налице оценяване на начина и пълнотата на представяне на информацията поради факта, че същата информация вече е била оценена в рамките на третото минимално изискване, т. е. на два пъти се оценява една и съща информация - и при преценка относно изпълнението на съответното минимално изискване и при преценка относно наличието на два от надграждащите елементи. Така, начинът и пълнотата на представяне на информацията в техническото предложение сами по себе си се явяват показател за оценка. Неоснователно е и възражението на жалбоподателя във връзка с мотивите на УО по повод на минималните изисквания и първите две надграждащи обстоятелства. „Пояснение за качествено изпълнение: За целите на настоящата поръчка под „качествено изпълнение“ се разбира изпълнението на възложеното в съответствие с предложеното от участника в техническото му предложение и с изисканото от възложителя в техническата спецификация в посочените срокове“ не става ясно с какво тези два допълнителни елемента, които представляват едно по-конкретно и детайлизирано описание в предложението на

участника за организация на процеса по провеждане на дейностите по услугата, гарантират по-добро качество на изпълнението, както се твърди във възражението. В цитираното пояснение за качествено изпълнение, дадено от възложителя, се използват понятия като „качествено изпълнение“ и „посочените срокове“, от съдържанието на които е видно, че в коментираните допълнителни изисквания не се оценява нещо различно от минималните изисквания на възложителя. По начина, по който са дефинирани минималните изисквания и надграждащите обстоятелства бенефициерът е оценявал за някои от тях пълнотата и начина на предоставяне на информацията, с което е допуснал нарушение на чл. 33, ал. 1 ППЗОП. Нарушението на чл. 33 ППЗОП обосновава и нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП, защото оценяването въз основа на показател, при който се цени начина и пълнотата на информацията дава необосновано предимство на участник, който представи информацията по искания начин, без това да е гаранция за способността му да изпълни предмета на поръчката с исканото качество. Необоснованото предимство от своя страна, ограничава конкуренцията.

По изложените мотиви, настоящия съдебен състав намира, че бенефициерът е допуснал нарушение на чл. 33, ал. 1 ППЗОП във вр. с чл. 2, ал. 2 ЗОП. За това нарушение, с оглед на характера му и при прилагане на теста на Съда на Европейския съюз за преценка на третия елемент на фактическия състав на нередността – вредата – не може да се изключи възможността да има отражение върху бюджета на Съюза (решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45), което прави доказан фактическият състав на нередността. Нередността е основанието на финансовата корекция. Що се отнася до нейния размер, той правилно е определен от органа по пропорционалния метод, като квалификацията на нередността правилно е по т. 11, б. а) от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Определената на бенефициера пропорция е в съответствие с визираното в т. 11, б. а). Правилно е определена и основата на корекцията с оглед на посочването на допустимите разходи, финансирани от средствата по смисъла на чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ.

С оглед на изложеното, крайният извод на съда е, че оспореното решение е законосъобразно, тъй като е издадено от компетентен орган, в предвидената форма, в хода на административното производство не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, правилно е приложен материалният закон и е в съответствие с целта му, поради което жалбата следва да бъде отхвърлена.

### **По разноските.**

Предвид този изход на спора и своевременно направеното от процесуалния представител на ответника искане за разноски по правилата на чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ такива следва да се присъдят в размер на 150 лева.

### **С тези мотиви, съдът**

### **Р Е Ш И:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Министерство на образованието и науката, представявано от министъра на образованието и науката К. В., чрез процесуалния представител Д. Г. срещу решение №P02-286 от 01.10.2020г. на изпълнителния директор на

Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“.

**ОСЪЖДА** Министерство на образованието и науката, представлявано от министъра на образованието и науката да заплати на изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ сума в размер на 150 лева за юрисконсултско възнаграждение.

**Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок пред Върховния административен съд на Република България.**

**СЪДИЯ:**