

# РЕШЕНИЕ

№ 3528

гр. София, 31.05.2021 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,**  
в публично заседание на 08.04.2021 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Даниела Гунева**

при участието на секретаря Клавдия Дали, като разгледа дело номер **1761** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на „Фондация за прозрачни регламенти“ срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2021-271/11.02.2021 г. на директора на дирекция „Добро управление“ и УО на ОП „Добро управление“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-01/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 1; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-02/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 2; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-03/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 3; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-04/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 4 и Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-05/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 5, финансирани по ОПДУ, на основание т. 11, б „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 на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕИФ /Наредбата/ в общ размер на 2 013,60 лв.

В жалбата е посочено, че оспореното решение е незаконосъобразно и се моли то да бъде отменено. Претендират се разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят се представлява лично от управителя П. Г.-Д., която поддържа подадената жалба и моли тя да бъде уважена.

Ответникът - директорът на дирекция „Добро управление“ и УО на ОП „Добро

управление“ – в съдебно заседание не се явява, представлява се от юрист К., който оспорва подадената жалба и моли тя да бъде оставена без уважение. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

„Фондация за прозрачни регламенти“ е бенефициент по Административен договор № BG05SFOP001-2.009-0066-C01/20.12.2018 г. за предоставяна на безвъзмездна финансова помощ, представляваща минимална помощ в съответствие с Регламент (ЕС) № 1407/2013 по оперативна програма „Добро управление“ по процедура № BG05SFOP001-2.009 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ чрез подбор „Повишаване на гражданското участие в процесите на формулиране, изпълнение и мониторинг на политики и законодателство“.

В изпълнение на проект № BG05SGOP001-2.009-0066 „Бъдещето е във ваши ръце“ е проведена процедура за определяне на изпълнител на предвидените дейности чрез избор с публична покана. Публикувана е Публична покана № 1/08.02.2018 г. с предмет „Извършване на проучвания и анализи по проект „бъдещето е във Ваши ръце“ в пет обособени позиции“. За изпълнител по ОП 1, ОП 2, ОП 3, ОП 4 и ОП 5 е избран [фирма], с който са сключени: Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-01/19.03.2019 г. по ОП 1 „Извършване на проучвания и изследвания, свързани с подобряване на гражданското участие в процесите на формулиране, изпълнение и мониторинг на регионалната политика в областите П., П., С., Х., К.“ на обща стойност 16 320 лв. с ДДС; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-02/19.03.2019 г. по ОП 2 „Извършване на проучвания на добри практики и/или иновативни решения, свързани с подобряване на гражданското участие в процесите на формулиране, изпълнение и мониторинг на регионалната политика“ на обща стойност 6 468 лв. с ДДС; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-03/19.03.2019 г. по ОП 3 „Разработване на анализи и модели за подобряване на гражданското участие в процесите на формулиране, изпълнение и мониторинг на регионалната политика“ на обща стойност 7 908 лв. с ДДС; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-04/19.03.2019 г. по ОП 4 „Изготвяне на документ с отправени препоръки, свързани с подобряване на гражданското участие в процесите на формулиране, изпълнение и мониторинг на регионалната политика“ на обща стойност 4 788 лв. с ДДС и Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-05/19.03.2019 г. по ОП 5 „Разработване на механизъм за обратна връзка и оценка от страна на гражданите и бизнеса за взаимоотношенията им с областните и общинските администрации“ на обща стойност 4 788 лв. с ДДС.

След извършена проверка за законосъобразност на проведената процедура по възлагане на обществена поръчка, е издадено Решение № ФК-2019-170/07.06.2019 г. от директора на дирекция „Добро управление“ и УО на ОП „Добро управление“, с което на „Фондация за прозрачни регламенти“ е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-01/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 1; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-02/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 2; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-03/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 3; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-04/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 4 и Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-05/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 5, финансирани по

ОПДУ на основание т. 9 от Наредбата.

Издаденото решение е оспорено по съдебен ред, като е отменено с Решение № 500/15.01.2021 г. по адм. дело № 6641/2020 г. по описа на ВАС, VII отделение.

По инициатива УО на ОПДУ е стартирано ново производство по определяне на финансова корекция и администриране на нередност на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСФ. Извършена е проверка за законосъобразност на проведена публична покана с предмет „Извършване на проучвания и анализи по проект „Бъдещето е във Ваши ръце“ в пет обособени позиции“ в изпълнение на Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-2.009-0066-C01/20.12.2018 г.

До бенефициента е изпратено Писмо № 02.50-12/25.01.2021 г., като му е дадена възможност на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕИФ, да представи писмени възражения по основателността и размера на определената финансова корекция в двуседмичен срок.

От бенефициента са постъпили възражения с Писмо изх. № 902/05.02.2021 г. Те са обсъдени от УО на ОПДУ, като са приети за неоснователни.

Издадено е Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2021-271/11.02.2021 г. от директора на дирекция „Добро управление“ и УО на ОП „Добро управление“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-01/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 1; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-02/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 2; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-03/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 3; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-04/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 4 и Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-05/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 5, финансирани по ОПДУ, на основание т. 11, б „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 на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/ в общ размер на 2 013,60 лв. за нарушение на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 3, ал. 7, т. 1, т. 2, т. 3, б. „б“ и ал. 18 от ПМС № 160/2016 г.

При така установената фактическа обстановка, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149 от АПК, от лице, имащо правен интерес от оспорване, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

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. II 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 Министър-председателят, който със Заповед № Р-90/10.05.2017г., на основание чл. 77а, ал. 1, т. 1 - 3 и ал. 2 от Устройствения правилник на МС и неговата администрация, чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, е възложил на И. П. – директор на дирекция „Добро управление“ в администрацията на МС, да осъществява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ 2014-2020. Съдът приема, че процесното решение е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма и отговаря на изискванията на чл. 59, ал. 2 от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. Актът съдържа фактически и правни основания, послужили за издаването му. 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.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – „за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, 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 неправилен 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 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 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Видно от административната преписка, от жалбоподателя е извършено възлагане по реда на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, във връзка с полученото финансиране със средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, бенефициентите по чл. 49, ал. 2, т. 2 определят изпълнител след провеждане на процедура за избор с публична покана при спазване принципите на свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Съгласно чл. 3, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3, б. „б“ от ПМС № 160/2016 г. в публичната покана бенефициентът посочва методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател. Начинът трябва: 1. да

дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на поръчката и техническите спецификации, ако има такива; 2. да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно подадените оферти; 3. да осигурява на кандидатите за изпълнител достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от оценителите с конкретна стойност чрез експертна оценка. Съгласно ал. 18 от същата разпоредба, Методиката за определяне на комплексната оценка трябва да съдържа точни указания за определяне на оценката по всеки показател, включително за относителната тежест, която бенефициентът дава на всеки от показателите за определяне на икономически най-изгодната оферта.

Анализът на използваната методика за оценка на офертите от жалбоподателя сочи, че е използвал количествени показатели – цена на офертата – с максимален брой точки 30, и качествен показател – организация за качествено изпълнение с максимален брой точки 70 т.

Видно от представената по делото методика за оценка на офертите, в частта за критерий К – организация на качествено изпълнение максималния брой точки е 70 т. Посочено е, че когато предложената от участника организация за изпълнението на поръчката осигурява изпълнението на минималните изисквания на възложителя, посочени в Техническата спецификация са предвидени 10 т.; когато предложената от участника организация за изпълнението на минималните изисквания на възложителя в Техническата спецификация и ги надгражда с поне едно от посочените обстоятелства са предвидени 30 т.; когато предложената от участника организация за изпълнението на минималните изисквания на възложителя в Техническата спецификация и ги надгражда с поне две от посочените обстоятелства са предвидени 50 т.; когато предложената от участника организация за изпълнението на поръчката осигурява изпълнението на максималните изисквания на възложителя в Техническата спецификация и ги надгражда с поне три от посочените обстоятелства са предвидени 70 т.

Съдът приема, че така заложените критерии за оценка са неясно формулирани, същите не са напълно обосновани, съобразно предмета на обществената поръчка. Използваните показатели за оценка не допринасят за оценяване на качеството на изпълнението на публичната покана и съответно не гарантират избор на най – добрата оферта в съотношение количество-цена. Действително законът предоставя на възложителя, възможността 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 методиката за оценката на всеки показател. Водещото, обаче е да се гарантират както интересите на възложителя и на потенциалните участници в процедурата, така и спазването на изискванията, посочени в чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 3 и чл. 18 от ПМС № 160/2016 г. За да бъде съобразена с разпоредбата на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, както и с чл. 3 и чл. 18 от ПМС № 160/2016 г., методиката следва да съдържа ясни и обективни критерии и точни указания за определяне на оценката по всеки показател. В случая, възложителят е задал неясни критерии за оценка на постъпилите оферти, поради което е създал възможност за субективна преценка от страна на членовете на оценителната комисия в нарушение на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 3 от ПМПС № 160/2016 г. Правилен е изводът на решаващия орган, че е налице нарушение на разпоредбата на чл. 50, ал. 1

от ЗУСЕСИФ, както и на чл. 3, ал. 7, т. 1, т. 2, т. 3, б. „б“ от ПМС № 160/2016 г., което е вторият елемент от фактическия състав на нередността.

При определянето на фактическия състав на нередността не е необходимо да е налице доказано нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Регламент (ЕС) № 1303/2013 г. изрично установява, че не е необходимо вредата да е настъпила. Следователно необходимо е да бъде доказана само възможността от настъпване на вреда в общия бюджет на Европейския съюз. Посоченото нарушение на разпоредбата на чл. 50, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, както и на чл. 3, ал. 7, т. 1, т. 2, т. 3, б. „б“ от ПМС № 160/2016 г. би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на ЕС, както правилно е посочено и в оспореното решение.

Съдът приема, че е налице и третият елемент от фактическия състав на нередността, а именно причинно-следствена връзка между констатираното нарушение и евентуалната вреда. Нарушението на свързаното с правото на Съюза национално право, което обективно е довело до нарушаване на принципите на равнопоставеност и недискриминация винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона би могло в процедурата да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Това дава основание да се приеме, че ако жалбоподателят не бе допуснал установеното нарушение общите разходи по финансиране на дейността биха могли да бъдат по-малки, а следователно и разходите на Съюза биха били по-малки.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет, в случая - Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/.

За да бъде законосъобразно наложена финансовата корекция, не е достатъчно само да се установи допуснато от възложителя нарушение при провеждането на процедурата по възлагане на обществена поръчка. Съобразно вида на допуснатото нарушение следва да бъде извършена съответната правна квалификация на нередността, съгласно разпоредбите на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В мотивите на оспореното решение, като аргументи, отхвърлящи доводите на жалбоподателя, изложени в неговото възражение се сочи, че в конкретния случай възложителят е използвал критерии за възлагане, с които е ограничил достъпа на потенциалните кандидати/участници, тъй като същите са възпрепятствани от участие поради неясна и субективна методика за оценка. Изтъква се, че съгласно т.11 б.„а“ от Приложение №1 към чл. 2 от Наредбата се предвижда определяне на финансова корекция за случаите, в които възложителят е използвал основания за отстраняване, критерии за подбор или критерии за възлагане, които не са дискриминационни, но ограничават достъпа на кандидатите. При тези мотиви, органът е заявил в решението/л.43 гръб и л.46 гръб/ , както в обстоятелствената част, така и в крайните си изводи, предхождащи диспозитива, че констатираното нарушение представлява нередност по т. 11, б. „б“ от Наредбата. Двете букви на т. 11 от Приложението

касят различни проявни форми на нарушения, изразяващи се като цяло в използване на: основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците. Нарушението по т. 11, б. „а“ от Наредбата, визира случаи при които финансова корекция се определя, когато възложителят е използвал основания за отстраняване, критерии за подбор или критерии за възлагане, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците до конкретната процедура по възлагане на обществена поръчка, като са изложени и конкретни примери за такива нарушения :

- минималните изисквания за възможностите на кандидатите/участниците са свързани с предмета на поръчката, но не са пропорционални;
- използвани са критерии за подбор като показатели за оценка на офертите;

- изискан е конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, търговска марка, патент, тип или конкретен произход, или производство, без да са добавени думите "или еквивалент", с изключение на случаите, когато такива изисквания са свързани с несъществена част от предмета на поръчката и влиянието върху бюджета на ЕС е само формално (без действително или потенциално финансово влияние); Докато нарушението по б. „б“ се изразява в 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.

От това следва, че в оспореното решение е налице противоречие между изложени мотиви за вида и характера на допуснатите нарушения и подвеждането им под конкретната и съответна на тях правна норма.

При тези обстоятелства съдът приема, че така формулираната от органа правна квалификация на нередността не съответства на фактическите установявания. Неточната или неправилна правна квалификация на нередността води до незаконосъобразност на определената от УО финансова корекция. Нормите от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата са санкционни, поради което с оглед гарантиране правото на защита на бенефициента, фактическите установявания следва да съответстват точно на посоченото правно основание за определяне на финансова корекция. В случая, е налице несъответствие, поради което волята на УО за налагане на финансова корекция е неясно изразена. Съдът не може да тълкува волята на административния орган, относно правната квалификация на установената нередност или сам да я определи при несъответствие между фактическите и правните основания./виж решение №5503/2021 по адм.д. №1363/2021 Седмо отд., решение 1950/2021г. по адм.д.№8707/2020г.на ВАС Седмо отделение/

С оглед изложеното, оспореното решение е незаконосъобразно и като такова следва да бъде отменено.

При този изход на спора на основание чл. 143, ал. 1 от АПК, на жалбоподателя следва да бъдат присъдени разноски в производството в

размер на 16,11 лв. заплатена държавна такса.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София-град, III отделение, 62 състав

### **РЕШИ:**

**ОТМЕНЯ** по жалба на „Фондация за прозрачни регламенти“ Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2021-271/11.02.2021 г. на директора на дирекция „Добро управление“ и УО на ОП „Добро управление“, с което е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-01/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 1; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-02/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 2; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-03/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 3; Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-04/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 4 и Договор № BG05SFOP001-2-009-0066-C01-05/19.03.2019 г. с [фирма] по ОП 5, финансирани по ОПДУ, на основание т. 11, б „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 на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /Наредбата/ в общ размер на 2 013,60 лв.

**ОСЪЖДА** Министерски съвет да заплати на „Фондация за прозрачни регламенти“ с ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място],[жк], [улица], бизнес център „А.“, ет. 1, офис 13, сумата от 16,11 лв. /шестнадесет лева и единадесет стотинки/, представляваща разноски в производството.

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

### **СЪДИЯ:**