

РЕШЕНИЕ

№ 15518

гр. София, 27.08.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 49 състав,
в публично заседание на 13.07.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маргарита Йорданова

при участието на секретаря Милена Чунчева, като разгледа дело номер **2559** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/, във вр. чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/.

Образувано е по жалба на „Фонд Мениджър на финансови инструменти“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], ет. 3, срещу Решение № РД-02-36-204/20.02.2023 г. на Ръководителя на УО на ОПРР 2014-2020, с което е наложена финансова корекция по административен АДФП № ВГ16RFOP001-1.042-0001 в общ размер на 284 206,76 лв., представляваща 10 % от безвъзмездната финансова помощ по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ и по Договор № ОС-04/20.09.2018 г. с изпълнител „Регионален фонд за градско развитие“ АД, както и 25 % от безвъзмездната помощ по договор № ОС-5/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“.

В жалбата, в съдебно заседание и в писмени бележки жалбоподателят, чрез процесуалния си представител твърди незаконосъобразност на оспореното решение като постановено в нарушение на процесуалните правила и в противоречие с материалния закон и с целта на закона. Излага подробни съображения в тази насока. Иска се отмяната на оспорения акт. Претендира разноси по делото.

Ответникът - Ръководителят на УО на ОПРР 2014-2020 – в съдебно заседание и в представени по делото писмени бележки чрез процесуалния си представител оспорва жалбата и моли тя да бъде отхвърлена като неоснователна. Претендира юрисконсултско възнаграждение.

СГП – редовно уведомена, не изпраща представител и не изразява становище по същество на спора.

Административен съд София-град, III отделение, 49 състав, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Между ФМФИБ и УО на ОПРР е сключено финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г., по силата на което на ФМФИБ и възложено да управлява предоставените средства за сметка на УО на ОПРР 2014-2020, като избере финансови посредници и сключи оперативни споразумения със същите.

С Решение № ОП-Д-81/19.10.2017 г. на изпълнителния директор на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД е открита състезателна процедура с договаряне по ЗОП 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 лв.

Документите по процедурата са публикувани в РОП с № 5297-2017-0005. Видно от Протокол № 1/02.01.2018 г. от работата на комисията, по процедурата са постъпили по две оферти за всяка от обособените позиции. Допуснати и отговарят на критериите за подбор са следния брой оферти: по ОП № 1 - 2 бр., по ОП № 2 - 1 бр. и по ОП № 3 - 2 бр.

С Решение № ОП-Д-49/13.08.2018 г. на изпълнителния директор на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД са определени изпълнителите по трите обособени позиции, с които са сключени следните договори (оперативни споразумения):

-Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87 400 000 лева по ОП № 1;

-Договор № ОС-4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен финансов ресурс 130 400 000 лева по ОП № 2;

-Договор № ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП № 3.

В Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“ (СППРР) към Министерството на регионалното развитие и благоустройството (МРРБ) е получен 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“ (ИА ОСЕС), действаща като одитен орган по програмата, в който

са посочени извършени от жалбоподателя нарушения. Бенефициентът е уведомен с Писмо изх. № 99-00-6-2/04.01.2023 г., изпратено чрез ИСУН, относно регистриран сигнал за нередност, 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.

В законоустановения срок е постъпило възражение на бенефициента в системата ИСУН, което е обсъдено в решението на РУО на ОПРР, но е прието за неоснователно. С Решение № РД-02-36-204/20.02.2023 г. на РУО на ОПРР 2004-2020 са установени следните нарушения, извършени от бенефициента ФМФИБ:

1./„Незаконособразен критерий за подбор - технически и професионални възможности“ - нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, представляващо нередност по т.11,б.,а“ и б. „б“ 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, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

Констатирано е, че в раздел III. 1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в т. 3.2.2 от раздел III от документацията за поръчката, възложителят е поставил следния критерий за подбор към участниците: за последните пет години от датата на подаване на заявлението участникът да 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.

В решението на РУО на ОПРР е прието, че в нарушение на цитираните по-горе разпоредби на ЗОП, възложителят е изискал изпълнените сходни дейности да са били финансирани със средства, предоставени от ЕС, което е ограничителен критерий.

2. „Незаконособразно отстранен участник по ОП № 3“ - нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 66, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и чл. 54, ал. 8 от ППЗОП, представляващо нередност по т. 14 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, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

Установено е, че 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 да е предоставил, а крайният получател да 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.

Констатирано е, че неправилно възложителят е отстранил „Регионален фонд за градско развитие“ АД, като е направил извод, че неговият подизпълнител „Сожелис България“ ЕООД не отговаря на цитираното по-горе изискване.

Участникът „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. 66, 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 лизинги, чийто сбор не е 9 823 793 лв., а е над 13 550.900 лв. За отстраняването на нередовността комисията е поискала да бъдат представени доказателства за 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 РФГР 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.

Прието е, че 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 „Регионален фонд за градско развитие“ АД, 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 е 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.

Комисията 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. УО не споделя този извод, защото първоначално комисията не е установила недостатъчна стойност на опита за ОП № 3, а само неяснота относно сбора на представените лизингови договори, както е видно от Констатация 1 (стр. 17 от Протокола)- Протокол 1 от работата на комисията от 09.02.2018 г. Следователно комисията не е установила при първоначалния преглед всички нередовности в представените от кандидата документи за съответствието с обявените критерии за подбор и не е предоставила възможност на кандидата да ги отстрани.

Въпреки, че е подобна ситуацията по ОП № 2 (нередовността относно стойността на придобития опит не е предявена на кандидата при първоначалния преглед на документите), комисията е изпратила писмото от 13.04.2018 г. относно ОП № 2 и е разгледала по същество получените по ОП № 2 допълнителни документи.

Комисията е предложила за отстраняване кандидата „Регионален фонд за градско развитие“ АД от ОП № 3, въпреки че е разполагала с доказателства, че подизпълнителят „Сожелис България“ ЕООД отговаря на критериите за подбор и по двете позиции. 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.

3. „Липса на прозрачност по време на преговорите по ОП № 1“ - 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, представляващо 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, приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

На 02.05.2018 г. 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.

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 разплати 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(iii) - 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:

- по санкциите при неизпълнение на междинните цели по клаузи 6.2 и 20.1 от образеца 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.

Прието е, че 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 бил достъпен за останалите участници. В 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.

С Решение № РД-02-36-204/20.02.2023 г. на Ръководителя на УО на ОПРР 2014-2020 е определена финансова корекция в размер на 10 % от допустимите разходи по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87 400 000 лева по ОП № 1, в частта, финансирана с АДФП № BG16RFOP001-1.042-0001 и по Договор № ОС-4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен финансов ресурс 130 400 000 лева по ОП № 2 в частта, финансирана с АДФП № BG16RFOP001-1.042-0001, и 25% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП № 3 в частта, финансирана с АДФП № BG16RFOP001-1.042-0001. Финансовата корекция е в общ размер на 284 206,76 лв.

От страните в производството не са ангажирани допълнителни доказателства.

Административен съд София-град, III отделение, 49 състав при така установената фактическа обстановка прави следните правни изводи:

Жалбата е подадена в преклузивния 14-дневен срок по чл. 149, ал. 1 от АПК, вр. с чл. 27, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, от лице, имащо правен интерес от оспорване, и срещу подлежащ на съдебен контрол акт, поради което е **ДОПУСТИМА** за разглеждане.

Разгледана по същество, жалбата е **НЕОСНОВАТЕЛНА**.

По валидността на акта:

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в „Държавен вестник“. Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК

съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ 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 ЗУСЕФСУ 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 министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед №РД-02-14-790/17.09.2022 г. /съдържаща се в приложението към делото/ на основание чл. 25, ал.4 от Закона за администрацията, чл. 5, ал.4 и ал.1, т. 10 от Устройствения правилник на министерството на регионалното развитие и благоустройството, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството Д. Г., подписала процесното решение.

Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно чл. 5, ал.4 и чл.5, ал. 1, т.10 от Устройствения правилник на МРРБ и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕСИФ.

Оспореният административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. е издаден в изискуемата от закона писмена форма, като съдържа фактически и правни основания за издаването му с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Същият е издаден от компетентен орган и при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от пороци, водещи до неговата нищожност.

По процесуалната и материалната законосъобразност на акта:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ 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 общо приложими 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 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 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.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ 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, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез ОП „Региони в растеж“ 2014-2020, 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 ЗУСЕФСУ.

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 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (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.

Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото жалбоподателят безспорно е юридическо лице, има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските

структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на бюджетни средства, част от които са с източник финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съдът следва да съобрази, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

Конкретно трябва да се извърши проверка, дали са налице сочените от УО на ОПРР нарушения.

Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция.

Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на "нередност" по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

1. По отношение на „Незаконосъобразен критерий за подбор - технически и професионални възможности“ - нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, представляващо нередност по т.11 б. „а“ и б.

„б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, съдът приема следното:

Чл. 59 от ЗОП дава възможност на възложителя да определи по отношение на кандидатите или участниците критерии за подбор, които се отнасят до годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност, икономическото и финансовото състояние и техническите и професионалните способности. Ал. 2 на разпоредбата обаче ограничава възложителите да използват само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката. Когато обществената поръчка има обособени позиции, критериите за подбор за всяка от обособените позиции трябва да съответстват на предмета, стойността, обема и сложността на съответната позиция.

Възможността и оперативната самостоятелност на възложителя да установява изисквания по отношение на техническите и професионални способности на участниците не е неограничена, а изискванията следва да са съобразени и с чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Съгласно чл. 63, ал. 6 от ЗОП към критериите за подбор не могат да се включват условия и 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 този смисъл безспорно е налице нарушение на посочената разпоредба, тъй като в раздел III. 1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в т. 3.2.2 от раздел III от документацията за поръчката, възложителят е въвел изискване към участниците в обществената поръчка за доказване на опит в сходни дейности чрез установяване на изпълнението на финансови инструменти, със средства, предоставени от ЕС.

Изпълнението на финансови инструменти със средства от ЕС не е необходимо за установяване възможностите на участника за изпълни поръчката и ограничава участието на лица в процедурата, които са придобили релевантен опит по друг начин. В случая е от значение установяването на опит при изпълнението на дейности, които са сходни с предмета на обществената поръчка и е без значение дали същият е придобит конкретно чрез изпълнението на финансови инструменти, финансирани със средства от ЕС. Така посоченото изискване безспорно е ограничително за кандидати, които имат опит в изпълнението на схеми от посочения тип.

С оглед на горното съдът приема, че така посочения критерий за подбор от жалбоподателя е в нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП, вр. с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

2. По отношение на **„Незаконосъобразно отстранен участник по ОП № 3“ - нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 66, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и чл. 54, ал. 8 от ППЗОП, представляващо нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, съдът приема следното:**

Съдът приема за правилни изводите на РУО на ОПРР 2014-2020 за незаконосъобразно отстраняване на участникът „Регионален фонд за градско развитие“ АД, в нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП.

От възложителя не е било констатирано с Протокол № 1, че представеният от „Сожелис България“ ЕООД опит в изграждане на сходен портфейл по ОП 3 не отговаря на изискванията, заложили от възложителя за допустимост на участниците.

От събраните доказателства е видно, че с Протокол № 3 на комисията е дадена възможност по чл. 54, ал. 8 от ППЗОП на участника за отстраняване на нередовност в подадените документи за участие в откритата процедура по възлагане на обществена поръчка, но тази възможност касае само ОП 2. Вярно е, че разпоредбата на чл. 54, ал. 8 от ППЗОП може да бъде приложена само един път от възложителя, като на участника бъде дадена възможност за отстраняване на констатираните нередовности, но в случая обществената поръчка съдържа три обособени позиции, като разпоредбата на чл. 54, ал. 8 от ППЗОП следва да бъде приложена еднократно при констатиране на нередовност по всяка от обособените позиции, а не само по една от тях по преценка на комисията. Необоснована е преценката на комисията, че по ОП 3 безспорно е установена недопустимостта на подизпълнителя „Сожелис България“ ЕООД, поради което не е нужно да бъде дадена възможност за

представяне на допълнителни доказателства по ОП 3.

Съдът приема, че от жалбоподателя е извършено посоченото в оспореното решение нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка чл. 54, ал. 8 от ППЗОП. Съгласно чл. 107, т. 1 от ЗОП, възложителят отстранява 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. За да бъде законосъобразно отстраняването на участника, следва да бъде безспорно установено, че същият не отговаря на определените критерии за допустимост, което в случая не е направено.

3. По отношение на „**Липса на прозрачност по време на преговорите по ОП № 1**“ - **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, представляващо нередност по т. 9.3** от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, съдът приема следното:

Съгласно чл. 76, ал. 7 от ЗОП, възложителят провежда преговори с участниците за подобряване съдържанието на първоначалните и последващите оферти. Според ал. 10 на същата разпоредба, 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. Възложителят предоставя на участниците достатъчно време за отразяване на промени в офертите и представянето им.

В периода 18.06.2018 г. - 20.06.2018 г. са проведени преговори с двамата участници, подали първоначални оферти. По ОП 1 крайният срок за получаване на окончателните оферти е бил 23.07.2018 г. Протоколите от проведените преговори с участниците са публикувани в профила на купувача на 14.08.2018 г. след крайния срок за получаване на окончателните оферти, с което от възложителя е извършено посоченото в оспореното решение нарушение на чл. 76, ал. 7 и ал. 10. При преговорите по ОП 1 са приети предложения за промяна на клаузи от проекта на оперативното споразумение. Промените визират срокове за действие, дефиниции на ключови понятия, отговорност, задължения на изпълнителя, санкциите при неизпълнение на междинните цели и др., поради което, както правилно е приел и ръководителя на УО, е налице изменение на съществени елементи от проекта на споразумението при проведените преговори и за възложителя е възникнало задължението по чл. 76, ал. 10 от ЗОП за уведомяване на участниците за промени в техническата спецификация или други документи от документацията за участие в обществената поръчка. Като не е изпълнил това свое задължение възложителят е лишил участниците от евентуална възможност да направят подобрение в офертите си. Въпреки че не са променени минималните изисквания, то са налице промени, касаещи условията за участие в обществената поръчка, поради което възложителят е бил длъжен да уведоми всички участници за приетите промени по време на проведените преговори, с цел осигуряване на прозрачност и равнопоставеност между участниците в обществената поръчка. Без значение е правноорганизационната форма на участниците в обществената поръчка, тъй като задължението за уведомяване възниква за възложителя винаги,

когато са налице промени в техническата спецификация или в други документи от документацията, касаещата обявената обществена поръчка и критериите за допустимост.

Доказателства, които да оборят изводите на административния орган не бяха представени от жалбоподателя в хода на съдебното производство.

Събраните доказателства сочат, че е налице и последната кумулативно изискуема предпоставка за налагане на финансова корекция, доколкото допуснатите нарушения имат или биха могли да имат като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество. В тази връзка съдът напълно споделя извода на административния орган, че предвид националното и европейското законодателство (цитираната по-горе дефиниция за нередност, както и определението, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година), наличието на реална вреда не се поставя като изискване. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасяне на вреда на общия бюджет. От това следва, че нито националното, нито европейското законодателство изискват доказване на наличието на реална вреда, доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, а в случая безусловно такава възможност е налице.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушенията, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, според който, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В този смисъл е и чл. 3, ал. 2 от Наредбата, съгласно който определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно - чрез пропорционален метод. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е установил въз основа на каква база следва да се изчисли размера на финансовата корекция. Допуснатото нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП, вр. с чл.59, ал.2 и чл.2, ал.2 от ЗОП представлява нередност по т.11 от Наредбата. Според разпоредбата на т. 11 б. „а“ от Наредбата, нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но

водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Според разпоредбата на т. 11 б. „б“ от Наредбата, нередност е налице, когато 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. Нарушението подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри, а именно 10 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатите от нарушението договори

Допуснатото 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 съставлява нередност по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, според която разясненията или допълнителната информация, свързани с критериите за подбор или за възлагане, на възложителя по документацията за поръчката не са предоставени на лицата или не са публикувани. Нарушението подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри, а именно 10 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатия от нарушението Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ на стойност 87 400 000 лв.

Видно от съдържанието на оспореното решение общо за двете констатирани нарушения по цитирания по-горе договор е наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността му, като е приложен принципът на некумулиране на финансови корекции, въведен с чл. 7 от Наредбата, като за двете установени нарушения е наложена една финансова корекция.

Съдът споделя изводите на РУО на ОПРР 2014-2020 за допуснатото нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП. Установеното нарушение правилно е квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, тъй като е отстранен участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени. Нарушението подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри, а именно 25 % от размера на предоставената финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове по засегнатия от нарушението Договор № СО-5/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ на стойност 135 500 000 лв. по ОП 3.

С оглед изложеното, оспореното решение е законосъобразно, като издадено в съответствие с процесуалните правила и материалния закон, както и с целта на закона и следва да бъде оставено в сила, а подадената жалба следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

При този изход на спора на ответника следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, вр. с чл. 37 от ЗПП, вр. с чл. 25, ал. 2 от Наредбата за заплащането на правната помощ, в размер на 280 лв.

Така мотивиран и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд С.-град, III отделение, 49 състав

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Фонд Мениджър на финансови инструменти“ ЕАД, с адрес: [населено място], [улица], ет.3, срещу Решение № РД-02-36-204/20.02.2023г. на Ръководителя на УО на ОПРР 2014-2020, с което е наложена финансова корекция по административен АДФП № BG16RFOP001-1.042-0001 в общ размер на 284 206,76 лв., представляваща 10 % от безвъзмездната финансова помощ по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ и по Договор № ОС-04/20.09.2018 г. с изпълнител „Регионален фонд за градско развитие“ АД, както и 25 % от безвъзмездната помощ по договор № ОС-5/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“.

ОСЪЖДА „Фонд Мениджър на финансови инструменти“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], ет.3, да заплати на Министерството на регионалното развитие и благоустройство, сумата в размер на 280.00 лв. /двеста и осемдесет/, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: