

# РЕШЕНИЕ

№ 1085

гр. София, 19.02.2024 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,**  
в публично заседание на 31.10.2023 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Даниела Гунева**

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **7857** по описа за **2023** 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 фондове при споделено управление (загл. изм.- ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г., ЗУСЕФСУ), вр. с чл. 145 - 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на гл. Комисар И. Й. – гл. директор на ГД „Изпълнение на наказанията“, с адрес на управление и кореспонденция: [населено място], бул. Ген.Н.С.“ № 21 срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-2023-346 от 31.07.2023г. на директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ) в размер на 25% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи, на стойност 240 269,54 лв., по следните сключени договори:

- Договор № 6128/22.06.2021 г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД по Обособена позиция № 1 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0053-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6130/22.06.2021 г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД, по Обособена позиция № 2 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0054-C01/30.06.2020 г.

- Договор № 6132/22.06.2021г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД по Обособена позиция № 3 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0055-C01/30.06.2020

г.;

- Договор № 6135/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 4 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0056-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6138/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 5 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0057-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6140/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 6 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0059-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6142/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 7 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0060-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6144/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 8 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0062-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6146/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 9 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0063-C01/30.06.2020 г.,

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствените правила.

Жалбоподателят сочи, че след подаване на искания за окончателни плащания по съответните АДФП, за целите на чието изпълнение е възложена обществената поръчка, от УО на ОПДУ са направени откази за верификация на част от предявените разходи, като същите били обжалвани по съдебен ред. За АО били налице предпоставки по преразглеждане на обществената поръчка, съобразно мотивите в съдебните актове и предприемане на съответните действия за провеждане на производство по определяне на финансова корекция, съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ. В тази връзка се излагат съображения, че с всички решения на ВАС по деветте позиции от процесната в частта относно разходите е изведен извод, че допуснатите несъответствия със Закон за туризма /ЗТ/ имат отношение към провеждането на процедурата, а не към изпълнението на договорите и разходването, респ. отчитането на средствата.

Счита се, че всички наведени от Ръководителя УО на ОПДУ твърдения за несъответни на закона възлагателни действия, в частност за незалагане на изискване за годност (правоспособност) за упражняване на професионална дейност и за сключване на договор с неспособен изпълнител, са неоснователни, необосновани и недоказани. Жалбоподателят поддържа, че макар в предмета на

поръчката действително да се налични характеристики на основни и допълнителни туристически услуги, по смисъла на Закона за туризма, поради естеството на дейностите, включени в предмета на поръчките, не е налице изготвяне и продаване на „туристически пакет“ по ЗТ от страна на изпълнителите на сключените договори, поради което за същите не е налице задължение те да бъдат регистрирани туроператори или туристически агенти. Сочи се, че предмета на поръчката и договорите по всички обособени позиции изискват поемането на ангажимент за извършване от името и за сметка на възложителя на определени организационни, логистични и технически дейности по организиране и реализиране на обученията, но не и изготвяне, предлагане или продаване на туристически пакети като съвкупности от конкретни характеристики на туристическите услуги по смисъла на чл. 79 и сл. от ЗТ.

На следващо място се излагат се съображения, че сключените договори за ОП за организиране на специализирани обучения не са и не биха могли да имат характеристиките на договори за туристически пакети по смисъла на ЗТ. Изтъква се, че услугите по договорите не са рекламирани или продавани под наименованието „туристически пакет“ или под друго подобно наименование, от страна на определените за изпълнители участници (което е едно от необходимите условия за наличието на туристически пакет по см. пар. 1, т. 67 от ДР на ЗТ).

Жалбоподателят поддържа, че предметите на сключените с „ЕВРИКА ЗМ“ ЕООД и ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ договори, са свързани с организиране и провеждане на специализирани обучения и по тези договори изпълнителите не действат като туроператор или туристически агент и не осъществяват туроператорска или туристическа агентска дейност, тъй като в случая не са налице целите на тези дейности, залегнали в пар. 1, т. 59 и 61 от ДР на ЗТ. Сочи се, че уредбата на туристическите пакети се съдържа в Глава седма, раздел 11 на Закона за туризма (чл. 79 - чл. 96), като в конкретния случай е осъществена хипотезата на чл. 79, ал. 4, т. 3 от ЗТ и наличието на специална норма дерогира общите норми.

На следващо място се излагат подробни съображения, че РУО неправилно е приел, че след като бенефициерът не е поставил изискване за регистрация за туроператорска и/или туристическа агентска дейност, то е извършил нарушение чл. 60, ал. 1 от Закона за обществените поръчки /ЗОП/ вр. чл. 61, ал. 2 от Закона за туризма/ЗТ/. Разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от ЗОП визира само право, а не задължение на възложителя да изисква от кандидатите или участниците да са вписани в ТР и/или в съответен професионален регистър. Според жалбоподателя неправилно административният орган е приел още и че нарушението е относимо към т. 9.1, б. а от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Твърди се, че в атакуваното решение не се съдържат обективирани и мотивирани заключения, които въз основа на конкретни факти да доказват, че е извършена нередност. Счита, че не е доказано по безспорен начин нанасянето на реална или потенциална вреда на общия бюджет на ЕС, което по всички приложими правила се явява необходимо условие за налагането на финансови корекции.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуалните си представители – юриконсулт Н. и Л. поддържа жалбата. Моли решението на УО да бъде отменено по мотиви, подробно описани в жалбата. Претендира присъждане на разноски и представя списък.

Ответникът – Директор на Дирекция „ДУ“ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Добро управление", чрез юрк. К. оспорва жалбата като неоснователна и недоказана. Претендира присъждане на юриконсултско възнаграждение.

Административен съд София град, III-то отделение, 62 -ри състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност на основание чл. 69 ал. 2 от ЗУСЕСИФ по своя инициатива. Предмет на проверката е открита процедура по ЗОП с предмет „Логистично обезпечаване на дейности по проекти за нуждите на Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“ по Оперативна програма „Добро управление“, с 9 обособени позиции, финансирана по Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ) при Администрацията на Министерския съвет (АМС) по 9 административни договора: 1.BG05SFOP001-2.019-0053-C01/30.06.2020г.; 2.BG05SFOP001-2.019-0054-C01/30.06.2020г. 3.BG05SFOP001-2.019-0056-C01/30.06.2020г., 4.BG05SFOP001-2.019-0059-C01/30.06.2020г. 5.BG05SFOP001-2.019-0062-C01/30.06.2020г., 6.BG05SFOP001-2.019-0055-C01/30.06.2020г., 7.BG05SFOP001-2.019-0057-C01/30.06.2020г., 8.BG05SFOP001-2.019-0060-C01/30.06.2020г., 9.BG05SFOP001-2.019-0063-C01/30.06.2020г.

В решението са направени констатации, обсъдени са представените от УО становища по констатациите и е формиран краен извод за допуснати нарушения на конкретни разпоредби от ЗОП.

УО е издал оспореното решение при следните мотиви:

В резултат от извършения последващ контрол на гореописаната обществена поръчка и с оглед съдебната практика на ВАС по тълкуване и прилагането на материалния закон (Решение 5501 от 26.05.2023г., Решение 3916 от 11.04.2023г., Решение 4909 от 10.05.2023г., Решение 4863 от 09.05.2023г., Решение № 4240 от 20.04.2023г., Решение № 4235 от 20.04.2023г.) били констатирани нарушения на Закона за обществените поръчки, а именно в случая относима се явявала разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от ЗОП, съгласно която, когато това е приложимо, възложителите имат право да изискват от кандидатите или участниците да са вписани в търговския регистър и/или в съответен професионален регистър, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени.

Констатирано било, че по сключените договори по 8 от 9-те обособени позиции (а

именно об. позиции 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9) били предоставени услуги по настаняване и изхранване, които според органът представлявали туристически услуги по смисъла на пар. 1, т. 69 ДР на Закона за туризма, както и разработване на програми на определена тема, учебни планове и учебни графици, комплект обучителни материали, осигуряване на минимум един лектор за всяко обучение, провеждане на обученията, осигуряване на зали, в това число и оборудване за провеждане на обученията, които били допълнителни туристически услуги, по см. на пар. 1, т. 70 ДР на ЗТ. Счита се, че изпълнителят е предоставил на възложителя допълнителни туристически услуги във връзка с проведеното от него обучение. От посоченото УО е извел извод, че изпълнителят е предоставил комбинация от два различни вида туристически услуги, от което следва, че в случая е налице „туристически пакет“ по смисъла на пар. 1, т. 67 ДР на ЗТ.

В мотивите си УО е посочил, че разпоредбата на чл. 61, ал. 2 ЗТ въвежда изискване туроператорска и/или туристическа агентска дейност на територията на Република България да се извършва от регистрирано по този закон лице. Констатирал е, че изпълнителите "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД (по об. позиции 1 и 3) и ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ (по об. позиции 4, 5, 6, 7, 8, 9) не разполагали с изискуемата се по ЗТ регистрация. Мотивирал е, че възложителят, при провеждането на обществената поръчка, не е поставил изискване класираният на първо място участник да бъде регистриран в съответствие с чл. 61, ал. 2 от Закона за туризма, преди сключването на договора, и съответно е сключил договор с нерегистрирано съгласно посоченото изискване лице. От изложеното УО е направил извод, че нарушението е извършено още на етапа на провеждане на обществената поръчка, а не на етапа на нейното изпълнение. В тази връзка е сключил, че възложителят е нарушил разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от ЗОП касаеща поставянето на критерии за подбор за годност, съгласно която, когато това е приложимо, възложителите имат право да изискват от кандидатите или участниците да са вписани в търговския регистър и/или в съответен професионален регистър, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 9.1, б. „а“ 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 финансовия корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.

Бенефициентът е уведомен за констатираните нарушения с писма от 27.06.2023 г. (за об. позиции 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9) и на 19.07.2023 г. (по об. позиция 2), като писмено становище е било представено от него на 07.07.2023 г. по об. позиции 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, както и на 28.07.2023 г. по об. позиция 2.

Като краен резултат и с оглед принципа за некумулиране на финансовите корекции, които засягат едни и същи разходи и правилото за налагане на най-високата от тях, с решението се налага ФК по констатациите в размер на 25% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи, на стойност 240 269,54 лв., по следните

сключени договори:

- Договор № 6128/22.06.2021 г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД по Обособена позиция № 1 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0053-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6130/22.06.2021 г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД, по Обособена позиция № 2 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0054-C01/30.06.2020 г.

- Договор № 6132/22.06.2021г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД по Обособена позиция № 3 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0055-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6135/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 4 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0056-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6138/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 5 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0057-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6140/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 6 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0059-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6142/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 7 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0060-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6144/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 8 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0062-C01/30.06.2020 г.;

- Договор № 6146/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 9 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0063-C01/30.06.2020 г.,

При така установената фактическа обстановка, съдът намира от правна страна следното:

По допустимостта на жалбата:

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните

и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че до приключването на програмите за програмен период 2014 - 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерският 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. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 - 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който на основание чл. 27, ал. 1 във връзка с чл. 38 т. 3 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) подлежи на обжалване пред съд. С оспорения акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е издаден на жалбоподателя на 31.07.2023 г., а жалбата е депозирана на 10.08.2023 г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

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 министър – председателя на Република България, информационните технологии и съобщенията, който със Заповед № Р-142 от 08.08.2022г. /л.49/ на основание чл. 40, ал. 6 от Закона за администрацията, чл. 77а, ал.1, т.1-3, ал.2 и ал.6 от Устройствения правилник на Министерски съвет и на неговата администрация, е оправомощил г-жа И. П., директор на Дирекция "Добро управление" в администрацията на МС, подписала процесното решение, да изпълнява функциите на Управляващ орган на ОПДУ 2014-2020, с всички произтичащи от това права, задължения и отговорности.

Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно Устройствения правилник на МТИТС и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕФСУ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Оспорения административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" е издадено в изискуемата от закона

писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ (сега ЗУСЕФСУ). Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението), преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Решението се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена - жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставен двуседмичен срок за възражения. Бенефициентът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

По отношение на материалната законосъобразност на акта:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 10 от ЗУСЕФСУ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание друга (извън случаите по т. 1-9) нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет (ал. 2).

Съгласно чл.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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/ в нея са идентифицирани 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 ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция, както и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции.

В мотивите на № ФК-2023-346 от 31.07.2023г. на директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ) се съдържат изводи за допуснати от жалбоподателя нарушения на разпоредбата на чл. 60, ал. 1 от ЗОП по обособени позиции 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 на обществената поръчка, по които са сключени договори с изпълнителите "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД (по об. позиции 1, 2 и 3) и ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ (по об. позиции 4, 5, 6, 7, 8, 9).

Тези изводи от страна на УО са правилни и напълно се споделят от настоящия съдебен състав.



В конкретният случай е установено предвид условията на проведената обществена поръчка с предмет "Логистично обезпечаване на дейности по проекти за нуждите на Главна дирекция "Изпълнение на наказанията" по Оперативна програма "Добро управление", че не е заложено изискване за годност съгласно чл. 60, ал. 1 от ЗОП във връзка с чл. 61, ал. 2 от ЗТ, която разпоредба изисква участникът в процедурата или изпълнителят да е вписан като туроператор или туристически агент.

По силата на чл. 1, ал. 2 от приложенияте и приети от административната преписка договори за възлагане на ОП, /прил.1-9/, както следва: - Договор № 6128/22.06.2021 г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД по Обособена позиция № 1 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0053-C01/30.06.2020 г.; - Договор № 6130/22.06.2021 г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД, по Обособена позиция № 2 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0054-C01/30.06.2020 г. - Договор № 6132/22.06.2021г. с изпълнител "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД по Обособена позиция № 3 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0055-C01/30.06.2020 г.;- Договор № 6135/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 4 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0056-C01/30.06.2020 г.; - Договор № 6138/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 5 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0057-C01/30.06.2020 г.;- Договор № 6140/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 6 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0059-C01/30.06.2020 г.;- Договор № 6142/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 7 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0060-C01/30.06.2020 г.;- Договор № 6144/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 8 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0062-C01/30.06.2020 г; - Договор № 6146/22.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ по Обособена позиция № 9 - по административен договор BG05SFOP001-2.019-0063-C01/30.06.2020 г., изпълнителите се задължават да предоставят услуги в съответствие с техническата спецификация, която е неразделна част от описаните договори /прил. 1 – 9 от делото/.

В изпълнение на дейностите по договора, освен услугите свързани с обучението, съгласно приложенияте технически спецификации, изпълнителите следва да предоставят на възложителя услуги по настаняване /нощувки в хотел/, хранене /кетъринг, кафе паузи/ и транспортиране или възстановяване на транспортни разходи, посочени в т. Техническата спецификация.

Съобразно легалната дефиниция по пар. 1, т. 69 от ДР на ЗТ на понятието "основна туристическа услуга", последното представлява настаняване, хранене и транспортиране. Съгласно пар. 1, т. 70 ДР на ЗТ към „допълнителните туристически услуги“ се отнасят и услугите свързани с пътувания, развлечения, прояви и други събития с културен и опознавателен характер, конгресни и делови прояви (организиране на срещи, конференции, семинари, обучения, презентации и други корпоративни събития), спортно-анимационни и водноатракционни услуги, здравни, спа и уелнес услуги, ползване на въжени линии, отдаване под наем на плажни съоръжения, ски екипировка, превозни средства и на плвателни средства за спорт, туризъм и развлечения, услуги, предоставяни от школи и клубове по танци, езда, ветроходство и други водни спортове, услуги, предоставяни от ски училища, и други услуги, предлагани и потребявани от туристите по време на тяхното пътуване и престой. Изложеното дава основание на съда да приеме, че в случая изпълнителите

ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ /по об. Позиции 4,5,6,7,8,9/ и "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД /по об. Позиции 1,2 и 3/ са предоставили както основни туристически услуги – транспорт, настаняване и хранене, така и допълнителни такива – организиране на семинар (обучение).

Съгласно легалната дефиниция дадена в пар. 1, т. 67 от ДР на ЗТ "Туристически пакет" е комбинация най-малко от два различни вида туристически услуги за целите на едно и също пътуване или ваканция, ако: а) тези услуги са комбинирани от един търговец, включително по искане на или в съответствие с избора на пътуващия преди сключването на общ договор за тези услуги, или б) независимо от това, дали се сключват самостоятелни договори с отделни доставчици за всяка туристическа услуга. От обстоятелството, че изпълнителите ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ /по об. Позиции 4,5,6,7,8,9/ и "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД /по об. Позиции 1,2 и 3/ са предоставили комбинация от два различни вида туристически услуги – основни /настаняване, хранене, транспорт/ и допълнителни /организиране на обучения/, се налага извод, че в случая е налице „туристически пакет“ по смисъла на пар. 1, т. 67 ДР на ЗТ. Следователно, правилен е изводът на УО, че организирайки обучението на служителите на Главна дирекция „Изпълнение на наказанията“ съгласно, приложените и цитирани по – горе договори ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ и "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД са предоставили на бенефициента "Туристически пакет" по смисъла на ЗТ.

Следва да се отбележи, че организирането на „туристически пакет“ съставлява „туроператорска дейност“ по смисъла на пар. 1, т. 59 ДР на ЗТ, съгласно който организирането на туристически пакети, предлагани за продажба, пряко или посредством туристически агент с цел туризъм, отдих, развлечения, бизнес, участие или посещение на прояви и събития с културен и опознавателен характер, на конгресни и делови събития или с друга цел, представлява "туроператорска дейност". В този смисъл съдът счита за неоснователни доводите на жалбоподателя, че не се извършва „туроператорска дейност“.

Съгласно разпоредбата на чл. 61, ал. 2 от ТЗ Туроператорска и/или туристическа агентска дейност на територията на Република България се извършва от регистрирано по този закон лице. В хода на извършения последващ контрол за законосъобразност на обществената поръчка административният орган е установил, че ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ и "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД не разполагат с изискуемата се по ЗТ регистрация. След като посочените изпълнители нямат регистрация като туроператор по ЗТ, по който факт впрочем не се спори от страните, то извършената от тях туроператорска дейност е в нарушение на ЗТ.

Неоснователно е възражението на жалбоподателя, че няма нарушение на ЗТ, тъй като чл. 79, ал. 4, т. 3 от закона дерогира изискването туристическия пакет предоставен от ДЗЗД „ГРАНД БАЛИСТИК“ и "ЕВРИКА ЗМ" ЕООД да е извършено от регистриран туроператор. Посоченият текст гласи, че: разпоредбите на раздел III не се прилагат по отношение на туристически пакети и свързани туристически услуги, закупени въз основа на общо споразумение за организиране на служебно пътуване, сключено между търговец и различно от него физическо или юридическо лице, което действа за цели, свързани с неговата търговска, стопанска дейност, занаят или професия. Посоченият текст е неотносим към настоящия спор, това е така тъй като касае единствено въведените законови регламентации в Раздел II - Договори за туристически пакети и свързани туристически услуги, както и Раздел III - Отговорност

на туроператорите и търговците. Разпоредбата не означава, че предоставящият услугата не трябва да е регистриран като туроператор, а единствено, че засилената защита на пътуващия /потребителя/ не е относима за ползващия туристическата услуга въз основа на „общо споразумение за организиране на служебно пътуване“. В случая изискването за налична регистрация за извършването на туроператорска дейност е регламентирано в чл. 61, ал. 2, Раздел I Условия и ред за извършване на туроператорска и туристическа агентска дейност от ЗТ, като нормата на чл. 79, ал. 4, т. 3 ЗТ не въвежда изключение за регистрация на лицата, извършващи туроператорска и/или туристическа агентска дейност на територията на Република България. Разпоредбата на чл. 79, ал. 4, т. 3 ЗТ не означава, че предоставящият услугата не трябва да е регистриран като туроператор, а единствено, че засилената защита на пътуващия (потребителя) не е относима за ползващия туристическата услуга въз основа на "общо споразумение за организиране на служебно пътуване".

Съгласно чл. 60 ал. 1 от ЗОП когато това е приложимо, възложителите имат право да изискват от кандидатите или участниците да са вписани в търговския регистър и/или в съответен професионален регистър, а за чуждестранни лица - в аналогични регистри съгласно законодателството на държавата членка, в която са установени. Вярно е, че при възлагане на обществена поръчка възложителят има право да извърши проверка на годността и потенциала на участниците да изпълнят поръчката, използвайки за целта подходящи критерии за подбор и поставяйки относими условия към изпълнението, гарантиращи неговото качество. Чрез тях по същество същият определя минимални изисквания за допустимост на участниците във връзка с участието им в процедурата за възлагане на обществена поръчка, за да прецени способността на всеки от тях да изпълни точно поръчката, в случай, че бъде избран за изпълнител. В тази връзка следва да се отбележи, че упражняването на някои професии и дейности е обвързано с нормативно определени изисквания на които лицата следва да отговорят, като притежание на специално разрешително, членство в професионална организация, вписването в съответните регистри. Оперативната му самостоятелност обаче винаги е ограничена от принципите, регламентираны в закона в качеството им на основополагащи начала, с които възложителите следва да се съобразяват при всяко едно възлагане в условията на закона. Граница на тази преценка са и всички специфични правила на закона. Такова правило безспорно се явява и чл. 60 ЗОП, според който годността съставлява правоспособност на самия участник за упражняване на професионална дейност, чрез вписване в търговски регистър и/или в съответен професионален регистър или притежаване на специално разрешение, което следва да е съобразено с предмета на обществената поръчка. В тези случаи при обществените поръчки възложителите следва да поставят изисквания, които да гарантират, че избраният за изпълнител ще притежава съответното право да извършва дейността.

Видно от приложените по делото доказателства, както бе изложено по - горе, в т.ч. документите от проведената обществена поръчка, част от предмета ѝ се отнася до организиране на туристически пакет, т.е „туроператорска дейност“ по смисъла на пар. 1, т. 59 ДР на ЗТ, за която се изисква регистрация съгласно чл. 61, ал. 2 от ЗТ. В тази връзка правилни са изводите на УО, възприети в процесното решение, че възложителят е допуснал нарушение на чл. 60, ал. 1 от ЗОП тъй като при провеждане на ОП е следвало да съобрази разпоредбите на специалния закон - ЗТ, предвид характера и естеството на дейностите и да заложи в обявлението изискване изпълнителят да притежава регистрация съгласно чл. 61, ал. 2 ЗТ или да предвиди подизпълнител който да отговаря на тези изисквания, с цел сключване на договор с

правоспособно лице.

При тези данни, административният орган правилно е приел, че е налице нередност по 9.1, б. а 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 – „липса на публикуване в обявлението за обществена поръчка на критериите за подбор и/или възлагане (и/или тяхната тежест).

Предвид така развитите мотиви, правилен и в съответствие с относимите материално правни норми се явява извода на административния орган, че нарушението има негативно финансово отражение върху бюджета на Съюза, тъй като процедурата за възлагане на обществена поръчка е възложена като не е поставено изискване за годност (правоспособност), а именно за налична регистрация за туроператор.

Съгласно чл. 143, ал. 1 от Регламент № 1303/2013 и чл. 98 Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, ал. 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Съгласно нормата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, за да е налице нередност е необходимо да е налице: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице, понеже жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове чрез административен договор по оперативна програма „Добро управление“. Като страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, оспорващият е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране.

За да е налице нередност е необходимо да е налице и третият елемент на фактическия състав на нередността - нарушението да има или да би могло да би има като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съдът на Европейския съюз е установил в практиката си като преценка има ли или би ли могло съответното нарушение на правилата за обществените поръчки да нанесе вреда на бюджета на Съюза следното: "че неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд"- решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45 (член 2, точка 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 е идентична с член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013 и позоваването на отменения регламент, с оглед на член 152, параграф 2

от Регламент № 1303/2013 се счита за позовавания на новия).

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. Съдът счита, че в оспореното решение нарушението е квалифицирано правилно.

Безспорно е, че в случая финансовата корекция следва да бъде определена по реда на чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ, тъй като естеството на нарушенията е такова, че не позволява количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ органът е квалифицирал установената нередност към видовете нарушения по Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Правилно е обосновано и приложението на пропорционален метод и размера на наложената корекция.

Управляващият орган правилно е определил финансовите корекции съответно на извършените нарушения, в съответствие със сключения договор, съобразявайки релевантната нормативна уредба. Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕСИФ (с ново заглавие ЗУСЕФСУ) при констатирани два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1. В него органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за установяване на нередности. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ визира. Но така установеното основание - наличието на нередност, има само установително действие, не е само по себе си разпоредително, тъй като без определен (определяем) размер на финансовата корекция, не може да възникне задължение за нея. Поради това, едва след определянето и на размера на финансовата корекция за всяка от установените нередности, и след преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ органът ще разпорежи (задължи) бенефициера да изпълни една от определените финансови корекции, т.е. задължение за бенефициера създава разпоредителната част на акта, която определя въз основа на правилото на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ размер на дължимата от всички определени по основание и размер финансови корекции. Именно това е ликвидното - определено по основание и по размер задължение, което се възлага на бенефициера с решението по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. В този смисъл е решение № 4170 от 20.04.2023 г. по адм. д. № 10022/2022 г., седмо отделение на ВАС.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че решение № ФК-2023-346 от 31.07.2023г. на директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ), с което е наложена финансова корекция следва да се потвърди като правилно и законосъобразно.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал. 4 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 /двеста/ лв., определен на основание чл. 78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл. 37 от

Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, Трето отделение 62-ри състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на гл. комисар И. Й. – гл. директор на ГД „Изпълнение на наказанията“, с адрес на управление и кореспонденция: [населено място], бул. Ген.Н.С.“ № 21 срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-2023-346 от 31.07.2023г. на директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ (ОПДУ).

ОСЪЖДА ГД „Изпълнение на наказанията“, с адрес на управление и кореспонденция: [населено място], бул. Ген.Н.С.“ № 21 да заплати на Министерския съвет на Република България сумата от 200 (двеста) лева, представляваща разноски по делото.

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

СЪДИЯ: