

РЕШЕНИЕ

№ 3544

гр. София, 01.06.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 74 състав,
в публично заседание на 24.04.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Младен Семов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **1570** по описа за **2023** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс /АПК/ вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление/ЗУСЕФСУ/.

Образувано по жалба на „ФОНД МЕНИДЖЪР НА ФИНАНСОВИ ИНСТРУМЕНТИ В БЪЛГАРИЯ“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], ет.3, представлявано от К. С. и П. Л. – членове на Управителния съвет, срещу Решение № РД-26-16-32/24.01.2023г. на Ръководителя на управляващия орган /УО/ на Оперативна програма/ОП/ „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020г. с което по отношение на жалбоподателя и във връзка с проведена състезателна процедура по договаряне по реда на чл.76 от ЗОП с предмет „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за ускоряване на начално финансиране, финансиран със средства по ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020“ по три обособени позиции, е определена финансова корекция по финансово споразумение № BG16RFOP002-2.007-0001.

Иска се отмяна на акта, като неправилен, незаконосъобразен и необоснован, постановен в противоречие с материалноправни разпоредби и несъответствие с целта на закона.

В частност – оспорва нарушението за липса на информация за обхвата на

преговорите в писмата до поканените участници, като същата е в съответствие с изискванията на чл.34 ал.1 т.1 от ЗОП вр. Раздел I от Приложение № 8 към закона. Оспорва извода за непредоставяне на допълнително информация за резултатите от хода на преговори с всеки участник, като същите са осъществени в съответствие с преценката за допустимост по чл.76 ал.10 от ЗОП вр.чл.97 ал.3 от ППЗОП. Оспорва и твърдението за нарушение на принципите за прозрачност и равнопоставеност, доколкото те изискват от възложителя да даде възможност на участниците да подобрят своите оферти а не да договарят с тях различни и несъпоставими клаузи. Твърди, че всички визирани изменения в оперативното споразумение касаят негови клаузи които са извън минималните изисквания по техническата спецификация за които няма забрана за водене на преговори и евентуална промяна. Оспорва се и извода за допуснато нарушение във връзка с публикуване доклада от проведените пазарни консултации, както във връзка с датата на публикуване, за което твърди, че следва да се осъществи след одобряването му от УС на дружеството, така и с оглед мястото му на публикуване, за което твърди, че следва да бъде в раздел „Финансови инструменти“ – тематично съответстващо на информацията, а не в „Профил на купувача“. В заключение оспорва се и твърдението за недостатъчна одитна пътека по чл.121 ал.1 от ЗОП, като докладът за проведените пазарни консултации е публикуван на сайта на дружеството три месеца преди обявяване на процедурата на 13.09.2017г. с което е осигурен пряк и непосредствен достъп до съдържащата се в доклада информация на всички заинтересувани лица. Успоредно с това се възразява и, че имената на участвалите при подготовката на документацията лица са обявени законосъобразно, в съответствие с чл.44 ЗОП а проведените консултации са отразени в нарочни вътрешни меморандуми приложени към доклада, като в хода на консултациите не са отправяни индикативни оферти, предложения за промени в първоначалните спецификации или други способности за консултиране, поради което и няма как същите да бъдат отразени.

Като продължение, жалбоподателят твърди, че не са налице правни основания за установяване на нередност, още по-малко по правилата на Глава Четвърта ЗУСЕФСУ, тъй като същата урежда специални правила за определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ и не е относима към подкрепата предоставяна чрез финансови инструменти, предмет на регламентация в нормата на чл.4а от ЗУСЕФСУ. Твърди се, че ФМФИБ има качеството не бенефициер по смисъла на чл.2 пар.1 т.10 от Регламент № 1303/2013г. по отношение на подкрепата чрез финансови инструменти, като съгласно сключеното споразумение между ФМФИБ и УО на ОПИК в изпълнение на което е и проведената обществена поръчка, УО възлага на Мениджъра на фонда от свое име но за сметка и мв полза на УО управлява предоставените по това споразумение средства, посредством фонда на фондовете. Те управлява се ресурс, собственост на УО, на безвъзмездна помощ на фонда. В тази връзка се твърди допуснато съществено нарушение по Глава Четвърта от ЗУСЕФСУ.

На следващо място се оспорва и наличието на нарушение по т.9.3. от Приложение № 1 към чл.2 ал.1 от Наредбата за установяване на нередности, наличието на нарушение по т.16 б. „а“ от Приложението и т.18 от Приложението.

В заключение се твърди, че размера на финансовата корекция също е

определен неправилно като липса данни относно това как е изчислен размер на корекцията, периода за който са изчислени сумите и компонентите които съдържат, т.е. дали включват основното възнаграждение дължимо за инвестиционния период, съгласно постигнатото споразумение или включват и възнаграждението за постигнатите резултати съответно последваща такса за управление, която обаче се дължи само при определени условия и съобразеността на същите с чл.16.1. от оперативното споразумение.

Ответната страна - Ръководителя на управляващия орган /УО/ на Оперативна програма/ОП/ „Иновации и конкурентоспособност“ 2014 – 2020 г. и главен директор на главна дирекция „Европейски фондове за конкурентоспособност“ в Министерство на иновациите и растежа не изразява становище по постъпилата жалба. В съдебно заседание оспорва основателността и иска същата да бъде отхвърлена.

С обжалваното решение, Р. на ОПИК 2014-2020 и след представен одитен доклад от ИА „Одит на средствата от Европейския съюз“ по проведена състезателна процедура по договаряне по реда на ЗОП за услуга с предмет „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за ускоряване и начално финансиране“, финансиран със средства от ОПИК е установил нарушение на чл.2 ал.1, чл.76 ал.7 и чл.76 ал.10 от ЗОП във връзка със сключени споразумения:

По обособена позиция № 1 „Изпълнение на Фонд за ускоряване и финансиране на начален етап I с размер на публичния ресурс от 14млн Е.“ – оперативно споразумение № ОС-1/28.03.2019г. с изпълнител „И. Акселерейтър България“ Д. и по обособена позиция № 3 „Изпълнение на Фонд за финансиране на начален етап с размер на публичния ресурс от 19.1млн Е.“ – оперативно споразумение № ОС-7/20.12.2018г. с изпълнител „Невек Мениджмънт“ ООД.

С писмо изх. № 26-У-575/14.12.2022г., регистрирано в ИСУН с кореспонденция рег. № BG16RFOP002-2.007-0001-C04-M206 от 14.12.2022г. дружеството е уведомено за наличието на данни за допуснатите нарушения за които предстои да му бъде определена финансова корекция. С кореспонденция постъпила в ИСУН под същия рег. номер от дата 23.12.2022г. дружеството представя своите възражения. Същите са обсъдени в понастоящем обжалваното решение.

Конкретно установените нарушения, основание за дефинирането на нередност и определянето на финансовата корекция се изразяват в:

1. Липса на прозрачност при водене на преговорите – нарушение по чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП, чл.-76 ал.7 ЗОП и чл.76 ал.10 от ЗОП.

Установено, че с решение за предварителен подбор № ОП-Д-2/12.01.2018г. са определени участниците които имат право да подадат първоначални оферти, като на 27.03.2018г. са изпратени писма до участниците за стартиране на преговорите с посочени дата и част на провеждането. Преговорите са проведени в периода 29.03.-24.04.2018г. с трима участника по ОП№1 и двама участника по ОП № 3. Поканата за подаване на окончателни оферти е изпратена на 21.05.-2018г. с краен срок за получаването им – 30.05.2018г. Установено е, че са приети различни промени за

промяна на клаузи от проекта за оперативно споразумение, като за тези договорки не са информирани останалите участници, а договорените параметри с всеки участник се отнасят до срокове, действие, отговорност, параметри на влияние при взимане на решение от орган на ФМ, прекратяване на членство и др. с което са изменени съществени елементи от проекта на споразумението. Така с всеки участник е възприет различен проект на оперативно споразумение, който не е бил достъпен за останалите участници. В резултат – за една и съща ОП са договорени различни срокове за изпълнение, различни хипотези на прекратяване, различни определения по определени клаузи. Липсата на предоставяне на тази допълнителна информация на останалите участници ги е лишила от възможност за подобряване на офертите си.

По обособена позиция № 1 приетите от комисията предложения най-засягат въпросите относно: Отговорност за всеки инвеститор единствено за собственото си неизпълнение; Единодушно съгласие на инвеститорите за извършването на последващи инвестиции от Фонда за сметка на средства от реализирани инвестиции; Удължен срок за вложение на предоставена от инвеститорите сума за конкретна инвестиция от 30 на 50/90 дни; Удължен срок за прекратяване мандата на ФМ по всяко време при единодушно решение на Инвеститорите от 12 на 36 месеца; Увеличен размер на обезщетението за предсрочното прекратяване на мандата на ФМ без основание - от 6 на 9-месечен еквивалент на таксата за управление; Редуцирано изключение за случаите за набиране на средства, учредяване и/или управление на нов фонд за дялови инвестиции или друг фонд или дружество за колективно инвестиране; Начин на номиниране на членове в К. комитет (КК); Отпадане на изискването за вето от страна на представителя на ФМ върху решенията на КК или ограничение на случаите, в които решенията могат да бъдат взети с изричното съгласие на ФМФИБ; Промяна на определението за неизпълнение на целите, предвидени в Бизнес плана като неизпълнение на условията, предложени в техническите предложения и обект на оценка с критериите за възлагане от документацията.

По обособена позиция № 3 приетите от комисията предложения касаят въпросите относно: Въведен срок за одобрение от страна на ФМФИБ на искане за усвояване; Удължен срок за вложение на предоставена от инвеститорите сума за конкретна инвестиция от 30 на 60 дни/4 месеца; Удължен допълнителен срок за плащане на дължимата сума на неизправния инвеститор от 30 работни дни на 60 календарни дни; Конкретизирани действия при случаите на неизправен инвеститор, включително и когато това е ФМФИБ; Нова клауза за прекратяване на фонда в случай, че ФМФИБ е неизправният инвеститор; Увеличено мнозинство при решението за прекратяване на мандата на ФМ без причина; Конкретизиран начин на номиниране на членове в К. комитет; Конкретизирани са вредите от непозволено увреждане.

На тази база е прието, че одобрените предложения за корекции по проекта на оперативно споразумение не са с незначителен характер и не касаят само определена клауза или раздел от документа. Една група от тях касаят различни срокове, като новите срокове са по-благоприятни за изпълнителите. Други съществени промени касаят задълженията и отговорността на изпълнителя, без да допринасят за

подобряване на офертата на съответния участник. В този смисъл е обоснован извода, че възложителят не е изпълнил задължението си целта на провежданите с участниците преговори да бъде насочена към подобряване съдържанието на първоначалните и последващите оферти, като в резултат на преговорите някои от измененията в условията за изпълнение на поръчката за възложителя в никакъв случай не представляват подобряване на офертата на съответния участник, а са договорени по-благоприятни за изпълнителя клаузи.

Посоченото обстоятелство е квалифицирано, като нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 1 и чл. 76, ал. 10 от ЗОП, както и на чл. 76, ал. 7 от ЗОП - липса на прозрачност по време на преговорите.

2. Незаконосъобразно участие на кандидат или участник в предварителните действия на възложителя по подготовката на процедурата

В следствие на проведената процедура е установено, че в профила на купувача е наличен единствено доклад от проведени в периода януари-май 2017 г. пазарни консултации за определяне възможни целеви групи посредници, както и определяне на участници, които имат опит в използването на сходни финансови инструменти. Съгласно цитирания доклад е направен предварителен анализ на състоянието на пазара, публикувана е индикативна техническа спецификация на финансовия инструмент и че са проведени индивидуални консултации с пазарни участници (повече от 25 потенциално заинтересовани страни). Публикуваният доклад не съдържа информация за наименованието на лицата, взели участие в пазарните консултации. Този доклад обаче е публикуван в профила на купувача на 26.03.2018 г. Публикацията е направена след обявяване на процедурата, за която обявлението за обществена поръчка е изпратено до Официален вестник на Европейския съюз (ОВЕС) и Регистър на обществените поръчки (Р.) на 13.09.2017 г. По този начин е нарушен чл. 44, ал. 3, т. 1 от ЗОП, във връзка с чл. 24, ал. 1, т. 9 от ППЗОП. Действието на възложителя по публикуване на доклада не представлява действие за гаранция, че участвалите в пазарните консултации лица нямат необосновано предимство пред останалите, тъй като информацията за подготвителните действия на възложителя не е предоставена на заинтересованите лица чрез профила на купувача преди откриване на процедурата. Още повече, че видно от таблицата на представения с допълнителни документи доклад за проведени пазарни консултации от 18.05.2017 г., в т. 7 и 13 на същата са изписани наименования на участвали в пазарните консултации лица „Innovation" и „NEVEQ". В таблицата не са посочени пълни индивидуализиращи данни на лицата - например, правна форма на субекта (юридическо/ физическо лице), фирма/ пълно наименование на лицето, седалище и адрес на управление/ постоянен адрес, ЕИК/ ЕГН и т.н. Цитираните наименования обаче съвпадат с наименованията на избраните за изпълнители по обособена позиция № 1 - „И. Акселерейтър България" Д. и по обособена позиция № 3 - „Невек Мениджмънт" ООД.

Посоченото обстоятелство е квалифицирано като нарушение на разпоредбите на чл. 44, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 44, ал. 5 от ЗОП

3. Недостатъчна одитна пътека

В резултат от извършената проверка е установено, че в профила на купувача е наличен доклад от проведени в периода януари-май 2017 г. пазарни консултации за определяне възможни целеви групи посредници, както и определяне на участници, които имат опит в използването на сходни финансови инструменти. Този доклад е публикуван в профила на купувача на 26.03.2018 г. Публикацията е направена след обявяване на процедурата, за която обявлението за обществена поръчка е изпратено до ОБЕС и Р. на 13.09.2017 г.

Съгласно цитирания доклад е направен предварителен анализ на състоянието на пазара, публикувана е индикативна техническа спецификация на финансовия инструмент и че са проведени индивидуални консултации с пазарни участници (повече от 25 потенциално заинтересовани страни). Публикуваният доклад не съдържа информация за наименованието на лицата, взели участие в пазарните консултации.

В следствие на констатираното към бенефициента е изпратено искане да бъдат предоставени всички документи, отнасящи се до проверяваната процедура. След преглед на предоставената информация е установено, че са приложени няколко файла, свързани с проведените пазарни консултации, като голяма част от приложените файлове са във формат „word“ и по отношение на тях не е налична достоверна дата за съставяне на информацията, както и имена и длъжност на лицето, което е подготвило файла. Липсват и подписи на същите. Всички файлове, които реферират към някаква форма на индивидуализиране на участниците в пазарните консултации използват за това непълни наименования на лица (например „Технически университет“ (в Република България са регистрирани 4 технически университета), „Българска стопанска камара“ и др.). Изброените наименования не индивидуализират правни субекти чрез правна форма на субекта (юридическо/ физическо лице), фирма/ пълно наименование на лицето, седалище и адрес на управление/ постоянен адрес, ЕИК/ ЕГН и т.н.

Последните три страници от сканираното копие на доклада от 18.05.2017 г. (работна версия) представляват таблица за обобщение на проведени срещи с потенциални участници. Видно от таблицата (получена в четлив формат в отделен файл), в т. 7 и 13 са изписани наименования на участвали в пазарните консултации лица „Innovation“ и „NEVEQ“. В таблицата не са посочени пълни индивидуализиращи данни на лицата - например, правна форма на субекта (юридическо/физическо лице), фирма/ пълно наименование на лицето, седалище и адрес на управление/ постоянен адрес, ЕИК/ ЕГН и т.н. Цитираните наименования съвпадат с наименованията на избраните за изпълнители по обособена позиция № 1 - „И. Акселерейтър България“ Д. и по обособена позиция № 3 - „Невек Мениджмънт“ ООД.

На УО на ОПИК не са представени документи относно съдържанието на извършените консултации с всеки конкретен участник от таблицата към доклада. Не е изяснен въпросът дали са представяни индикативни оферти, дали

са правени предложения от отделните участници в пазарните консултации за промени в първоначалните технически спецификации и дали са били използвани други способи за консултиране. Тази информация не е налична в профила на купувача или в друг посочен от възложителя публичен източник, нито в надлежен документ, представен по линия на осъществения контрол от УО на ОПИК.

В обобщение е прието, че приложените доказателства са крайно недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност. В резултат на липсата на документи не е възможно да се потвърди, че избраните за изпълнители участници (вкл. съдружниците в Д., където е приложимо) не са участвали в пазарните консултации и за тях не са налице условията по чл. 44, ал. 5 от ЗОП за отстраняването им поради липса на доказателства, че е спазен принципа за равнопоставеност. Когато изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове законосъобразното възлагане на поръчката, е налице нарушение на чл. 121, ал. 1 от ЗОП.

На тази база е прието, че описаните нарушения оказват влияние върху двете обособени позиции от проведената процедура за възлагане на обществена поръчка, а именно състезателна процедура с договаряне по реда на ЗОП за услуга с предмет „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за ускоряване и начално финансиране, финансиран със средства по Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност" 2014-2020", приключила със сключване на Оперативно споразумение № ОС-1/28.03.2019 г. с изпълнител „И. Акселерейтър България" Д. (по обособена позиция № 1) и Оперативно споразумение № ОС-7/20.12.2018 г. с изпълнител "Невек Мениджмънт" ООД (по обособена позиция № 3). Съгласно § 1, т. 2 от Допълнителните разпоредби на НАНЕСИФ, „нередност" съгласно определението, дадено в чл. 1, параграф 2 от Регламент на Съвета (ЕО,Евратом) № 2988/95 от 18 декември 1995 г. за закрилата на финансовите интереси на Европейските общности, означава всяко нарушение на разпоредба на правото на Общността в резултат на действие или бездействие от икономически оператор, което е имало или би имало за резултат нарушаването на общия бюджет на Общностите или на бюджетите, управлявани от тях, или посредством намаляването или загубата на приходи, произтичащи от собствени ресурси, които се събират направо от името на Общностите или посредством извършването на неоправдан разход. В този смисъл е и определението за нередност за програмите, финансирани от ЕСИФ, дадено в чл. 2, параграф 36 от Регламент № 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. Съгласно дефиницията, „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на ЕСИФ, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Така е прието, че при изпълнението на Финансово споразумение №BG16RFOP002-2.007-0001, бенефициентът „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД е извършил нередност по смисъл на чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013 и § 1, т. 2 от Допълнителните разпоредби на НАНЕСИФ. Икономическият оператор „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД, в качеството му на възложител, не е следвало да сключва споразумения с избраните кандидати „И. Акселерейтър България“ Д. и „Невек Мениджмънт“ ООД, тъй като е осъществил редица нарушения на законодателството, които правят незаконосъобразен извършения избор.

В нарушение на националното право и по-конкретно на чл. 2, ал. 1 и чл. 76, ал. 10 от ЗОП, както и на чл. 76, ал. 7 от ЗОП, както и на чл. 44, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 44, ал. 5 от ЗОП и чл. 121, ал. 1 от ЗОП, вместо да прекрати обявената процедура, бенефициентът „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД, сключва споразумения с избраните кандидати „И. Акселерейтър България“ Д. и „Невек Мениджмънт“ ООД (*доказано нарушение на националното право*).

Прието е още, че посочените нарушения имат вреда за бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход, тъй като разходите за управление във връзка с предоставения финансов ресурс по Оперативно споразумение № ОС-1/28.03.2019 г. с изпълнител „И. Акселерейтър България“ Д. и Оперативно споразумение № ОС- 7/20.12.2018г. с изпълнител "Невек Мениджмънт" ООД се отчитат и плащат като допустими разходи от ОПИК, съгласно член 42 (1) (г) на Регламент (ЕС) № 1303/2013.

Публичните финансови средства за разходи за управление от бюджета на ЕС за изпълнение на финансов инструмент „Фонд за ускоряване и начално финансиране“, финансиран със средства по ОПИК, са отчетени като допустими разходи от „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД с правно основание - посочените по-горе споразумения, които са сключени в нарушение на националното право, с което е нарушен обществен интерес

(доказана вреда).

Нарушенията на чл. 2, ал. 1 и чл. 76, ал. 7 и 10 от ЗОП, както и на чл. 44, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 44, ал. 5 от ЗОП и чл. 121, ал. 1 от ЗОП са извършени и произтичат от действията на икономическия оператор - бенефициента „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД. Сам бенефициентът, чрез своите действия е сключил Оперативно споразумение № ОС-1/28.03.2019 г. с изпълнител „И. Акселерейтър България“ Д. и Оперативно споразумение № ОС-7/20.12.2018г. с изпълнител "Невек Мениджмънт" ООД, в нарушение на нормативните изисквания и по-конкретно при липса на достатъчна прозрачност по време на преговорите, както и при недостатъчна одитна пътека. Отчитането на публичните финансови средства за разходите за управление като допустими средства от ЕСИФ е в резултат именно на сключените в нарушение на нормативните изисквания споразумения с „И. Акселерейтър България“ Д. и "Невек Мениджмънт" ООД и предявяването на разходите за тях от бенефициента пред УО (доказана причинна връзка).

Всички депозирани от дружеството възражения са обсъдени и отхвърлени от страна на Р. с оспореното решение.

В тази връзка, посоченото в т.1 от настоящият акт е прието за нарушение по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, което се квалифицира по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно „Липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация“.

Посоченото в т. 2 от настоящият акт е прието за нарушение по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, което се квалифицира по т. 16, буква „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност“,

Посоченото в т. 3 на настоящото решение е прието за нарушение по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, което се квалифицира по т. 18 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, а именно „Незаконосъобразно участие на кандидат или участник в предварителните действия на възложителя по подготовката на процедурата (пазарни консултации и външно участие в подготовката на документацията), който е определен за изпълнител“, за които нарушения от УО на ОПИК следва да бъде определена финансова корекция.

Чрез позоваване на чл.71 ал.2 от ЗУСЕФСУ и чл.3 ал.2 от Наредбата Р. е приел, че не може да се даде количествено изражение на финансовите последици, поради което е приложил нормата на чл. 5, ал. 1 и ал. 3 от Наредбата, прилагайки пропорционален метод при изчисление на финансовата

корекция, съобразно заложената в нормата формула за изчисление.

За нарушението по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба „Липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация, показателят на корекцията (в %) е 10 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ.

За нарушението по т. 16, б. „а от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност", показателят на корекцията (в %) е 25 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ.

За нарушението по т. 18 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба „изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност", показателят на корекцията (в %) е 25 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ.

На основание чл. 7 от Наредбата, при така констатираните повече от една нередности, посочени в приложения 1 от същата, засягащи едни и същи разходи, финансовата корекция за всяка от които се определя по пропорционалния метод, е определена обща корекция, равна на най- високия приложим процент.

Относно максималният размер на таксите за управление от общия капиталов ангажимент, финансиран с публични средства по засегнатите споразумения, е посочено, че същият по Оперативно споразумение № ОС-1/28.03.2019 г., изменено със споразумение за изменение № ОС-1/18.09.2020 г. се равнява на 5 952 292,06 лева, а по Оперативно споразумение № ОС-7/20.12.2018 г., изменено със споразумения за изменение № ОС-7/19.08.2019 г., № ОС-7/11.02.2020 и ОС-7/15.01.2021 г. се равнява на 9 168 616,55 лева

Като следствие е определена финансова корекция по финансово споразумение № BG16RFOP002-2.007-0001, с бенефициент „Фонд мениджър на финансови инструменти в България" ЕАД, ЕИК[ЕИК], за оперативно споразумение № ОС-1/28.03.2019 г. с изпълнител „И. Акселерейтър България" Д. в размер на 1 488 073,02 лева (един милион четиристотин осемдесет и осем хиляди седемдесет и три лева и 2 стотинки) и за оперативно споразумение № ОС-7/20.12.2018 г. с изпълнител „Невек Мениджмънт" ООД - 2 292 154,14 лева (два милиона двеста деветдесет и две хиляди сто петдесет и четири лева и 14 стотинки).

Така определеният размер представлява 25 на сто от предвидената и подлежаща на възстановяване финансова подкрепа от Европейските структурни и инвестиционни фондове и следва да се прилага върху стойността на отчитаните към УО разходи за управление по посочените договори.

Съдът, намира, че процесно депозираното оспорване срещу така постановеният акт е редовно, в съответствие с изискванията за съдържание и приложения съгласно чл.150 и чл.151 от АПК и допустимо – в съответствие с изискванията на чл. 159 АПК. По съществуващото на спора, с оглед твърденията на страните, установимите факти и обстоятелства и предмета на служебна проверка съдът съобрази и приема:

По силата на чл.1 ал.1 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове/ЗУСЕСИФ, сега – ЗУСЕФСУ/ със закона се определя националната институционална рамка за управлението на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЕСИФ/, реда за предоставяне на финансова подкрепа или безвъзмездна финансова помощ, правилата на определяне на изпълнител от бенефициент на безвъзмездна финансова помощ, правилата за верифициране и сертифициране на допустимите разходи и за извършване на плащанията и на финансовите корекции. Според чл. 1 ал. 2 ЗУСЕСИФ/сега ЗУСЕФСУ/, средствата от ЕСИФ по смисъла на този закон са средства от 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, предоставени по програми на Република България. В раздел III от глава пета от Закона са регламентирани процедурни правила за администриране на нередности и извършване на финансови корекции. В чл. 69 ал. 1 ЗУСЕСИФ е предвидено, че управляващите органи провеждат процедури по администриране на нередности по смисъла на чл. 2 т. 36 и 38 от Регламент № 1303/2013 /пълното наименование на нормативния акт е Регламент /ЕС/ № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 г. 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/.

Съгласно чл. 2, т. 36 от Регламент ЕС № 1303/2013 г. на ЕП и на Съвета - За целите на настоящия регламент се прилагат следните определения: "нередност" означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в

прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на непропорционален разход в бюджета на Съюза.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 и ал. 2 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. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по, ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. В случая това 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. /Наредбата/. Съгласно 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 Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /Наредбата/ - Нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Съгласно чл. 71, ал. 1 от закона - чрез извършването на финансови корекции се отменя предоставената по глава трета финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства - допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство.

Нормата на чл. 72, ал. 2 от закона предвижда, че размерът на финансовата корекция трябва да е равен на реално установените финансови последици на нарушението върху изразходваните средства - допустими разходи.

Съгласно чл. 75, ал. 1, изр. първо от закона, финансовата корекция се извършва от плащания по проекта, в които са включени засегнатите от нарушението разходи.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ/ЗУСЕФСУ/ актът за установяване по основание и размер на финансовата корекция се издава от ръководителя на Управляващия орган. Процесното решение е издадено от Ръководителя на УО на ОПИК 2014-2020г. В този смисъл, актът е издаден от компетентен орган при

спазване на материалноправните и процесуалните правила за издаването му.

Страните нямат спор по фактите, които следва да се считат безспорно установени.

В настоящия случай от събраните по делото доказателства е видно, че жалбоподателя притежава качеството икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове. Това е така, тъй като съгласно чл. 5 от ЗУСЕСИФ/в приложимата редакция/, финансовите инструменти, финансирани със средства от ЕСИФ, с изключение на тези по чл. 39 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, се изпълняват чрез Фонд на фондовете. Фондът на фондовете се създава като обособен финансов ресурс от програмите по чл. 3, ал. 2 и се управлява въз основа на финансово споразумение, сключено между ръководителя на управляващия орган на съответната програма и лицето, управляващо Фонда на фондовете. С Разпореждане № 3 от 22 юли 2015 г. на Министерския съвет е учредено еднолично акционерно дружество с държавно участие в капитала „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД (Фонд мениджър) с предмет на дейност управление на финансовите инструменти, които ще бъдат прилагани по програмите, съфинансирани от ЕФРР, ЕСФ и Кохезионния фонд, както и по ЕЗФРСР и КФМДР в България през програмен период 2014-2020 година. Предвид цитираните норми следва изводът, че Фонд мениджърът изпълнява ролята на фонд на фондовете, съгласно разпоредбите на Регламент 1303/2013 г. за управлението на средствата за финансови инструменти.

Съгласно чл. 2, § 27 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 „фонд на фондове“ означава фонд, създаден с цел да се допринесе с подкрепа от програма или програми за няколко финансови инструменти. Когато финансовите инструменти се прилагат посредством фонд на фондове, организацията, прилагаща фонда на фондове, се счита за единствен бенефициер по съответната програма, по смисъла на параграф 10 от чл. 2 от същия Регламент, която прилага финансови инструменти или фонд на фондовете. С оглед изложеното, следва извода, че след като ФМФИБ е бенефициер - получател на средства предоставени от ЕСИФ, който в това му качество е осъществило действия по възлагане на обществени поръчки за разходване на получено безвъзмездно финансиране посредством прилагане на финансов инструмент „Микрокредитиране със споделен риск“, то същият притежава качеството на „икономически оператор“ по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент 1303/2013 г. С оглед на изложеното, съдът намира, че жалбоподателят може да бъде субект на прилагане на финансова корекция от УО на ОП ИК.

Извън това и при разглеждане делото по същество следва да се има предвид още:

Съгласно чл.9 ал.1от ЗУСЕФСУ, в приложимата към спора редакция, органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи, сертифициращите органи и одитните органи, а по силата на ал.5 на разпоредбата управляващите органи отговарят за цялостното програмиране, управление и изпълнение на програмата, както и за предотвратяването, откриването и коригирането на нередности, включително за извършването на финансови корекции. Ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Съгласно т.3 последен пасаж от Финансово споразумение сключено на 01.08.2016г. между Между министерство на икономиката на Република България в чиято структура е Главна дирекция иновации и конкурентноспособност – УО на ОПИК 2014-2020 и „Фонд Мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД, УО възлага на Мениджъра на фонда от свое име но за сметка и в полза на УО да управлява предоставените по това финансово споразумение средства посредством ФНФ, като мениджъра ще избере финансови посредници за целите на ФНФ и ще сключи оперативни споразумения с избраните посредници. Съгласно и чл.2 ал.1 от финансовото споразумение УО възлага на Мениджъра на фонда да действа от свое име, но за сметка и в полза на УО като управлява ФН, включително средствата и ресурсите на ФНФ и задължения във връзка с ФНФ предвидени в това споразумение.

Съгласно т.2.2.6 от същото споразумение УО възлага на Мениджъра на Фонда да преговаря, сключва, прилага, изпълнява и при необходимост да изменя или съответно прекратява оперативните споразумения от името на мениджъра на фонда но за сметка и в полза на УО, в съответствие с РОПР и Делегираният акт.

Съгласно т.2.4. от финансовото споразумение - мениджъра на фонда при необходимост може да съчетава различни източници на средства от различни оперативни програми в един финансов инструмент, като и при съгласуваност с УО да предоставя съвместна подкрепа чрез финансови инструменти в комбинация с безвъзмездна финансова подкрепа, предоставена от УО или друг вид подкрепа.

По силата на т.18.6. от финансовото споразумение страните се съгласяват, че ако има съществено неизпълнение на клауза 18.4.1. /съществено неизпълнение на задълженията по това споразумение на която и да е от страните и др./, което не може да бъде отстранено или е можело но не е било неотстранено в срок от 3месеца от връчването на писмено предизвестие за виновно прекратяване от изправната страна, започва да тече 3месечен срок в който страните се съгласяват, че всички активи и пасиви свързани с вноските

на УО във фонда и всички сключени оперативни споразумения се прехвърлят/чрез цесия, новация или по друг начин/ или се поемат от УО

По силата на т.10.2. от финансовото споразумение в случай на установена нередност мениджъра на фонда възстановява част от вноската, платена от УО обратно по сметка на ФНФ, открита по смисъла на клауза 5.2. като финансова корекция в процент върху засегнатата от нередността вноска, платена от УО или конкретна сума.

На тази база съдът приема, че безспорно по силата на посоченото споразумение е възникнало мандатно отношение при което ФНФ действа от свое име но за чужда сметка. В тази хипотеза последиците възникват направо за представляваното лице, а именно – Р..

Безспорно, също така отговорността във връзка с неизпълнение или нарушение изискванията на посоченото споразумение е предвидена под формата на възстановяване на част от вноската, платена от УО по сметката на ФНФ, като самото нарушение се констатира под формата на финансова корекция.

В този смисъл дали определянето на финансова корекция има ефект само и единствено във връзка с евентуалната последваща претенция за възстановяване на вноската, която УО е направил по сметка на фонда или под формата на възстановяване на неправомерно разходвани средства на оперативната програма, съгласно нормата на чл.70 ал.1 от ЗУСЕФСУ е въпрос относим към изпълняемостта на решението за определяне на финансова корекция, но не и към неговата законосъобразност.

Видно от цялата нормативна рамка в т.ч. и договореното между страните Р. може чрез процедурата по определяне на финансова корекция в съответствие с чл.70 и чл.71 от закона, да установи подлежащата на възстановяване сума съобразно отношенията между страните. В този смисъл възраженията на жалбоподателя, че за него правилата на Глава Четвърта от ЗУСЕФСУ са неприложими се явяват неоснователни.

При провеждане на процедурата са спазени изискванията на чл.69 и сл. ЗУСЕФСУ, както с оглед инициативата за започване на производството, така и с оглед правото на участие на жалбоподателя, посредством предоставяне на право да представи писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и да приложи доказателства в срок, съответен на законово предвиденото по чл.73 ал.2 от с.з.

Извън това и с оглед конкретно установените нарушения, с оглед тяхната съставомерност в хипотезата на понятието „нередност“, както и с оглед

приложеният коефициент на корекция, следва да се изложи:

Относно възприетото нарушение изразяващо се в липса на прозрачност при водене на преговорите – нарушение по чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП, чл.76 ал.7 ЗОП и чл.76 ал.10 от ЗОП.

Безспорно с решение за предварителен подбор № ОП-Д-2/12.01.2018г. са определени участниците които имат право да подадат първоначални оферти, като на 27.03.2018г. са изпратени писма до участниците за стартиране на преговорите с посочени дата и част на провеждането. Конкретни писма са изпратени до П. К. Мениджмънт Д., с изх. № 22 от 29.01.2018г., Д. „И. акселерейтър“ с изх. № 23 от 29.01.2018, до „С. Ю.“ Д. с изх. № 24 от 29.01.2018г., „Инвийст К. П.“ ДЗЗ с изх. № 25 от 29.01.2018г., Обединение „Н. тех венчърс“ с изх. № 26 от 29.01.2018г., Консорциум „Импеутус ърли стейдж“ с изх. № 27 от 28.01.2019г., „Делта кепитъл прайвът екуити“ ЕООД с изх. № 28 от 28.01.2018г. и до Д. „Ад-венчърс“ с изх. № 29 от 28.01.2018г.

Проведените преговори са протоколирани съответно с протоколи № 5, № 6, №87, №8 и №8 /л.192-228 от делото/ и са оформени като протокол от работата на назначената със Заповед № 3-32/07.11.2017г. на изпълнителния директор на ФнФ, комисия.

С оглед извършената от административния орган установителна дейност и при проверка на данните по преписката се установява, а е и безспорно между страните, че по обособена позиция № 1 приетите от комисията предложения най-засягат въпросите относно: Отговорност за всеки инвеститор единствено за собственото си изпълнение; Единодушно съгласие на инвеститорите за извършването на последващи инвестиции от Фонда за сметка на средства от реализирани инвестиции; Удължен срок за вложение на предоставена от инвеститорите сума за конкретна инвестиция от 30 на 50/90 дни; Удължен срок за прекратяване мандата на ФМ по всяко време при единодушно решение на Инвеститорите от 12 на 36 месеца; Увеличен размер на обезщетението за предсрочното прекратяване на мандата на ФМ без основание - от 6 на 9-месечен еквивалент на таксата за управление; Редуцирано изключение за случаите за набиране на средства, учредяване и/или управляване на нов фонд за дялови инвестиции или друг фонд или дружество за колективно инвестиране; Начин на номиниране на членове в К. комитет (КК); Отпадане на изискването за вето от страна на представителя на ФМ върху решенията на КК или ограничение на случаите, в които решенията могат да бъдат взети с изричното съгласие на ФМФИБ; Промяна на определението за изпълнение на целите, предвидени в Бизнес плана като изпълнение на условията, предложени в техническите предложения и обект на оценка с критериите за възлагане от документацията.

Във връзка с проведените преговори по обособена позиция № 3 приетите от комисията предложения касаят въпросите относно: Въведен срок за одобрение от страна на ФМФИБ на искане за усвояване; Удължен срок за вложение на предоставена от инвеститорите сума за конкретна инвестиция от 30 на 60 дни/4 месеца; Удължен допълнителен срок за плащане на дължимата сума на неизправния инвеститор от 30 работни дни на 60 календарни дни; Конкретизирани действия при случаите на неизправен инвеститор, включително и когато това е ФМФИБ; Нова клауза за прекратяване на фонда в случай, че ФМФИБ е неизправният инвеститор; Увеличено мнозинство при решението за прекратяване на мандата на ФМ без причина; Конкретизиран начин на номиниране на членове в К. комитет; Конкретизирани са вредите от непозволено увреждане.

По силата на чл.76 ал.10 от ЗОП, при провеждане на състезателна процедура с договаряне, 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.

На тази база следва да се посочи, че неоснователно е възражението на жалбоподателя за наличие на неограничена дискреция на възложителя относно преценката за допустимост относно уведомяването на останалите участници. Задължението за уведомяване е императивно и същото е обосновано ясно и нормативно с оглед целите на процедурата – състезателна, при равни условия, която идва да обезпечи постигане най-добри условия за самият възложител, а оттам – и за общественият интерес посредством разходване на обществен ресурс. За да не бъде приложимо посоченото задължение именно възложителят следва да се позове на хипотеза налагаща недопустимост на уведомлението.

По своята същност уведомяването в хипотезата на чл.76 ал.10 от ЗОП идва да обезпечи възможността и останалите участници да подобрят или адаптират своите предложения съобразно възприетите промени в техническата спецификация или друг документ от документацията.

В конкретната хипотеза жалбоподателят не излага съображения защо уведомлението е недопустимо. Нормата на чл.67 ал.3 от ППЗОП на която се позовава той в жалбата си не следва да се тълкува като хипотеза ограничаваща допустимостта, т.е., че недопустимо е винаги, когато не е налице съгласие на участника, тъй като в подобна хипотеза законовият текст би бил лишен от смисъл. Ясно следва да се посочи, че Комисията не следва да уведомява останалите участници за отправените от някой от тях предложения, така, че да е налице нарушение на чл.67 ал.3 от ППЗОП, а да уведоми участниците относно всички промени в документацията или техническата спецификация. В

този смисъл противоречие между разпоредбите не е налице. Факта, че Комисията е възприела предложения водещи до промени на условията в документацията/част от която е и техническата спецификация/, без да е уведомила за тях останалите участници обосновава правилност на изводите на Р.. И именно в този контекст нормата на чл.67 ал.4 от ППЗОП изисква комисията да проведе преговорите с всеки от участниците по един и същ начин, включително като им предостави еднаква информация и се задават едни и същи въпроси.

Възприетите, в резултат от преговорите промени засягат различни срокове по изпълнение, задължения и отговорност на изпълнителя, които условия не са условия по отделните предложения, а са заложили като изискване по самата процедура. И в този смисъл спадат в обхвата на нормата на чл.76 ал.10 от ЗОП.

С оглед дотук изложеното съдът приема, че законосъобразно е установено нарушение на чл.76 ал.10 от ЗОП вр. чл.2 чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП.

Относно следващото установено нарушение - на чл. 44, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 44, ал. 5 от ЗОП, изразяващо се в незаконосъобразно участие на кандидат или участник в предварителните действия на възложителя по подготовката на процедурата:

По силата на чл.44 ал.3 т.1 от ЗОП възложителят е длъжен да предприеме действия, които да гарантират, че лицата, участвали в пазарните консултации и/или в подготовката на процедурата, нямат предимство пред останалите кандидати или участници. Тези действия включват най-малко публикуване на профила на купувача на цялата информация, разменена по повод подготовката за възлагане на обществена поръчка, включително получения от възложителя резултат, а ако това е невъзможно – посочване чрез профила на купувача на мястото, от което тази информация може да бъде получена;

Съгласно ал.5 на посочената норма в случай че с извършването на действия по ал. 3 и/или 4 не може да се осигури спазване на принципа за равнопоставеност, кандидатът или участникът, участвал в пазарните консултации и/или в подготовката за възлагане на поръчката, се отстранява от процедурата, ако не може да докаже, че участието му не води до нарушаване на този принцип.

В настоящият казус е безспорно установено, че в профила на купувача е наличен единствено доклад от проведени в периода януари-май 2017 г. пазарни консултации за определяне възможни целеви групи посредници, както и определяне на участници, които имат опит в използването на сходни

финансови инструменти. Доклада е публикуван в профила на купувача на 26.03.2018 г., след обявяване на процедурата./ обявлението е изпратено до ОБЕС и Р. на 13.09.2017 г./ Видно от таблицата към доклада за проведени пазарни консултации от 18.05.2017 г., в т. 7 и 13 на същата са изписани наименования на участници в пазарните консултации лица „Innovation" и „NEVEQ" съвпадащи с наименованията на избраните за изпълнители по обособена позиция № 1 - „И. Акселерейтър България" Д. и по обособена позиция № 3 - „Невек Мениджмънт" ООД.

С процесно депозираната жалба дружеството не оспорва факта, че отразените в доклада „Innovation" и „NEVEQ" съвпадат с наименованията на избраните изпълнители.

По своята същност пазарните консултации като разпоредбата на чл.44 е пряко, но и дословно транспонираща нормата на чл.40 от Директива 2014/24 на ЕП и Съвета, чието основно изискване при провеждане на пазарни консултации като способ чрез който възложителя може да направи предварително проучване на пазара е това да не доведе до нарушаване на конкуренцията и на принципите за недискриминация и прозрачност.

В унисон с посоченото изискване нормата на чл.44 ал.3 от ЗОП идва да обезпечи недопускането на дискриминация и неравнопоставеност чрез поставяне на лицата, участвали в консултациите и имащи вече представа от предстояща поръчка в привилегировано положение спрямо останалите потенциални участници. От своя страна разпоредбата на ал.5 на чл.44 идват да санкционират невъзможността възложителят да представи необходимата гаранция по ал.3, като налага отстраняване от процедурата на участник, участвал в пазарните консултации и/или в подготовката за възлагане на поръчката, ако не може да докаже, че участието му не води до нарушаване на този принцип.

В този смисъл и след като възложителят е провел пазарни консултации с лица участвали и в самата процедура, то той е следвало да публикува цялата разменена информация на профила на купувача, която съобразно чл.24 ал.1 т.9 от ППЗОП/в действалата по време редакция изисква публикуването на информацията по чл. 44, ал. 3, т. 1 ЗОП да се осъществи в 5-дневен срок след извършване на съответното действие, а при невъзможност да осъществи това – да отстрани участниците от процедурата.

С оглед изложеното неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че момента на извършване на съответното действие не засяга проведената пазарна консултация, а визира одобряването на доклада от консултациите от страна на УС на дружеството. Как възложителя одобрява доклада е въпрос относим към неговата вътрешно-организационна структура, която не може да

има превес над нормативният императив – равнопоставеност и недопускане на дискриминация по отношение на участник/ците. В този смисъл ирелевантно е и кога доклада е бил внесен на заседание на УС на ФМФМ. Ако се следва линията на разсъждение на жалбоподателя следва да се приеме, че доклада от проведените пазарни консултации би могъл потенциално да се обяви и след приключване на процедурата, с което в още по-пълна степен да се стигне до нарушение на принципите на равнопоставеност и недискриминация.

На следващо място и с аргумент на още по-силното основание следва да се отхвърли възражението на жалбоподателя, че е налице публикация на доклада в сайта на ФМФМ в раздел „финансови инструменти“, който раздел тематично отговаря на процедурата. Нормата на чл.44 ал.3 т.1 от ЗОП и чл.24 от ППЗОП/в приложимата редакция/ императивно изисква информацията да се публикува в „профила на купувача“. С нормативна сила е създадена яснота спрямо всички засегнати от правоотношението по възлагане на обществени поръчки/изцяло и спрямо всички/ лица къде и как следва да се оповестява засягащата ги информация. При невъзможност на възложителя да публикува информацията в раздел „профил на купувача“, то той е длъжен, пак в профила на купувача да посочи къде е налична тази информация. Видно от данните по делото привръзка между профила на купувача и раздел „финансови инструменти“ посредством препратка от първият към вторият раздел не е осъществена...

В заключение, неоснователно е и възражението, че съставянето на доклад от проведени пазарни консултации не попада в обхвата на разпоредбата на чл.29 от ППЗОП, респ. чл.44 ал.3 т.1 от ЗОП. Единственото основателно във възражението на Фонда е твърдението, че закона не изисква публикуване на доклад. Нормативното изискване е публикуване на цялата информация, разменена по повод подготовката за възлагане на обществена поръчка, включително получения от възложителя резултат. В този смисъл дали информацията ще бъде представена чрез доклад, чрез скрийншот от електронна размяна на писма, чрез паметна записка или прочее способности е напълно неотнормисим, стига информацията да е представена и налична.

Относно третото установено нарушение - на нормата на чл. чл. 121, ал. 1 от ЗОП:

По силата на посочената разпоредба, в приложимата към спора редакция, възложителите създават и поддържат досие за всяка обществена поръчка с цел осигуряване на документална проследимост (одитна пътека) по отношение на всички свои действия и решения, както и на действията на комисиите за възлагане на обществени поръчки, независимо дали поръчките се възлагат с електронни средства.

Текста на ал.2 конкретизира какво следва да съдържа досието, а именно -

всички решения, обявления, документацията и други допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 – 5, описание на причините, поради които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол – и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане.

Задължението за съхранение на информация е разписано в текста на ал.3 на чл.121 от ЗОП.

В рамките на административното производство по установяване на нередност е установено, безспорно между страните, че в профила на купувача е публикуван /на 26.03.2018 г./ доклад от проведени в периода януари-май 2017 г. пазарни консултации за определяне възможни целеви групи посредници, както и определяне на участници, които имат опит в използването на сходни финансови инструменти, като публикацията е направена след обявяване на процедурата, за която обявлението за обществена поръчка е изпратено до ОВЕС и Р.. Публикуваният доклад обаче не съдържа информация за наименованието на лицата, взели участие в пазарните консултации. При допълнително поискана от Р. информация са представени и останалите документи по конкретната процедура, видно от които са приложени няколко файла, свързани с проведените пазарни консултации, голяма част от тях във формат „word“, без достоверна дата за съставяне на информацията и без имена и длъжност на лицето, което е подготвило файла. Файловете не са подписани. По отношение на участниците са използвани непълни наименования на лица (например „Технически университет“ (в Република България са регистрирани 4 технически университета), „Българска стопанска камара“ и др.), които не индивидуализират правни субекти чрез правна форма на субекта (юридическо/ физическо лице), фирма/ пълно наименование на лицето, седалище и адрес на управление/ постоянен адрес, ЕИК/ ЕГН и т.н. Последните три страници от сканираното копие на доклада от 18.05.2017 г. (работна версия) представляват таблица за обобщение на проведени срещи с потенциални участници. Видно от таблицата (получена в четлив формат в отделен файл), в т. 7 и 13 са изписани наименования на участвали в пазарните консултации лица „Ininovation“ и „NEVEQ“. В таблицата не са посочени пълни индивидуализиращи данни на лицата - например, правна форма на субекта (юридическо/физическо лице), фирма/ пълно наименование на лицето, седалище и адрес на управление/ постоянен адрес, ЕИК/ ЕГН и т.н. На УО на ОПИК не са представени документи относно съдържанието на извършените консултации с всеки

конкретен участник от таблицата към доклада. Не е изяснен въпросът дали са представяни индикативни оферти, дали са правени предложения от отделните участници в пазарните консултации за промени в първоначалните технически спецификации и дали са били използвани други способности за консултиране. Тази информация не е налична в профила на купувача или в друг посочен от възложителя публичен източник, нито в надлежен документ, представен по линия на осъществения контрол от УО на ОПИК.

На тази база Р. е приел, че приложените доказателства са крайно недостатъчни, за да се обоснове възлагането на поръчката, което води до липса на прозрачност, като в резултат на липсата на документи не е възможно да се потвърди, че избраните за изпълнители участници (вкл. съдружниците в Д., където е приложимо) не са участвали в пазарните консултации и за тях не са налице условията по чл. 44, ал. 5 от ЗОП за отстраняването им поради липса на доказателства, че е спазен принципа за равнопоставеност. Когато изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове законосъобразното възлагане на поръчката, е налице нарушение на чл. 121, ал. 1 от ЗОП.

Извода, че когато изискуемите по ЗОП документи от досието на обществената поръчка са недостатъчни, за да се обоснове законосъобразното възлагане на поръчката е налице нарушение на чл. 121, ал. 1 от ЗОП е сам по себе си непрецизен. Нарушение при възлагане на поръчката може да бъде осъществено и при пълна документална наличност на всички документи в процедурата. Документите отразяват осъществяване на съответното действие, но не презюмират, нито материализират законосъобразност.

Във връзка с възражението относно датата на публикуване и начина на публикуване на доклада от проведените пазарни консултации, съдът реферира към изложеното в предходната част на настоящето решение, във връзка с нарушението по чл. 44, ал. 3, т. 1 във връзка с чл. 44, ал. 5 от ЗОП, в който смисъл счита, че публикация на доклада в раздел „финансови инструменти“ на интернет страницата на жалбоподателя, както и публикация в нарушение на нормативният срок, но след решение на УС на ФМФИБ, не отговарят на законовите изисквания и в този смисъл възражението на жалбоподателя е неоснователно.

Релевантно за приложението на нормата обаче е не срока и мястото на публикация, а съдържанието на публикуваната информация. Текстът на чл.121 ал.1 от ЗОП изчерпателно изброява всички подлежащи на съхраняване документи, а именно - всички решения, обявления, документацията и други допълнителни документи, разясненията, поканите, протоколите, окончателните доклади на комисията, офертите или заявленията за участие, доказателства за предприетите действия по чл. 44, ал. 3 – 5, описание на причините, поради

които се използват други средства за подаване на документи, различни от електронните при електронното подаване, а в случаите на осъществен предварителен контрол – и становищата на Агенцията по обществени поръчки и мотивите на възложителя за неприетите препоръки. Досието съдържа договора или рамковото споразумение, както и всички документи, свързани с изпълнението и неговото отчитане.

Правният спор тук се концентрира единствено в правната релевантност на установената от РО непълнота на данните в публикуваните документи.

Безспорно формата в който са представените документите – „word“ сам по себе си не обективира нарушение на посочената разпоредба. Нарушение обаче обективира съдържанието на документа. В този смисъл – липсата на дата на дори един документ, както и липсата на подпис на изготвилото дори един документ лице са достатъчни сами по себе си да обосноват нарушение на чл.121 от ЗОП. В настоящият казус освен посоченото се установява и то безспорно между страните, че участниците в пазарните консултации са изписвани не са официални абревиатури, а със съкращения и наименования, без други индивидуализиращи ги данни – обстоятелства непозволяващи проверка в пълнота на процедурата.

Нормата на чл.121 ал.1 не допуска съхраняване на извадки или пререзказ на самата процедура, като такъв извод следва още по-малко от текста на ал.2 на посочената норма. Императивното изискване предполага пълна документална обоснованост на процедурата и кореспондира със строго формалният характер на Закона за обществените поръчки, където всяка формалност е от една страна гаранция към възложителя, от друга – към участниците в процедурата, а от трета и преди всичко – към общественият интерес. Ето защо и като не е осигурил съхранение на изискуемото към досието на поръчката съдържание, в пълнота и прегледност, позволяваща пълна отчетност, възложителят е допуснал нарушение на чл.121 от ЗОП.

С оглед правната квалификация на нередността:

По силата на чл.2 т.36 от регламент 1303/2013г., „нередност“ означава всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по

повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение I. v С., С-199/03, ЕУ: С: 2005: 548, т. 31; решение Chambre LTIndre, С-465/10, ЕУ: С: 2011: 867, т. 47; решение Firma, С-59/14, ЕУ: С: 2015: 660, т. 24; решение Wrocyaw, ЕУ: С: 2016: 562, т. 44). Доколкото не може да се изключи възможността допуснатите нарушения да имат отражение върху бюджета на съответния фонд, то налице е основание за определяне на финансова корекция. Тъй като естеството на допуснатите нарушения не позволява да се определи тяхното точно финансово отражение върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ е приложил пропорционалния метод.

Съгласно чл.70 ал.1 т.9 от ЗУСЕФСУ финансова корекция се определя 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 ЕФСУ. Видно от възприетото в предходната част, допуснатите от страна на ФнФ нарушения при провеждане на процедурата по възлагане на обществена поръчка следва да се съотнесат към нормативно предвидената дефиниция на понятието нередност и към основанието за определяне на финансова корекция.

Така при определяне финансова корекция с оспореното решение Р. е приел, че:

Посоченото в т.1.1 от настоящето решение представлява допуснато нарушение по смисъла на чл.70 ал.1 т.9 то ЗУСЕФСУ,което се квалифицира по т.9.3. от Приложение № 1 към чл.2 от Наредбата.

Посоченото в т.1.2. от настоящето решение представлява допуснато нарушение по смисъла на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕФСУ, което се квалифицира по т.16 б.“а“ от Приложение № 1 към чл.2 от Наредбата.

Посоченото в т.1.3. от настоящето решение представлява допуснато нарушение по смисъла на чл.70 ал.1 т.9 ЗУСЕФСУ, което се квалифицира по т.18 от Приложение № 1 към чл.2 от Наредбата

По т.1.1. от решението си, Р. е посочил липса на прозрачност по време на преговорите, нарушение на чл.76 ал.10 вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП.

По т.1.2. от решението си Р. е посочил незаконосъобразно участие на кандидат, нарушение на чл.44 ал.3 т.1 и ал.5 от ЗОП.

По т.1.3. от решението си Р. е посочил недостатъчна одитна пътека

-нарушение на чл.121 ал.1 от ЗОП.

С оглед изложеното съдът приема, че е налице неправилна правна квалификация на нарушението и неправилно определена финансова корекция.

Безспорно нарушението по т.1.1 от решението, липса на прозрачност по време на преговорите, представляващо нарушение на чл.76 ал.10 вр. чл.2 ал.1 т.1 и т.4 от ЗОП съответства на описанието на вида нередност по т.9.3. от Приложението към Наредбата.

Същевременно обаче, незаконосъобразно участие на кандидат, нарушение на чл.44 ал.3 т.1 и ал.5 от ЗОП не се съотнася към т.16а от Приложението към Наредбата. Изискването на т.16 „а“ от Приложение № 1 към Наредбата реферира към липсата на одитна пътека. Нарушение, различно от посоченото в т.1.2. от решението на Р..

Успоредно с това недостатъчната одитна пътека, нарушение на чл.121 ал.1 от ЗОП, Р. е съотнесъл към т.18 от Приложението. Изискването на т.18 от Приложението обаче реферира към незаконосъобразно участие на кандидат или участник в предварителните действия на възложителя по подготовката на процедурата (пазарни консултации и външно участие в подготовката на документацията), който е определен за изпълнител.

В този смисъл по т.1.2 и т.1.3. Р. е дал незаконосъобразна правна квалификация, а оттам и е определил незаконосъобразно размера на финансовата корекция. Всъщност и на основание чл.7 от Наредбата Р. е определил общ размер на корекцията равен на най-високият приложим процент, а именно 25 на сто, определен от него в съответствие както с т.16 „а“, така и с т.18 от Приложение № 1 към чл.2 от Наредбата.

Върховния административен съд се е произнасял, че съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и по размер като основанието на корекцията е нередността/виж Решение № 9189 от 16.08.2021 г. на ВАС по адм. д. № 4803/2021 г./.

В този смисъл съдът приема, че финансовата корекция определена незаконосъобразно и в нарушение на чл.2 ал.1 вр. ал.1 т.1 от Наредбата. Липсата на индивидуално определена корекция по отношение на установеното в т.1 от решението на Р. предполага отмяна на акта в неговата цялост.

С оглед своевременно направеното искане от жалбоподателя за присъждане на съдебно деловодни разноски в размер на 2060лв. от които 1700лв./ заплатена държавна такса по оспорване на административния акт/ и сумата от 360лв. /юрисконсултско възнаграждение/, то на основание чл. 143 ал.1 от АПК вр. чл.24 от Наредбата за заплащане на правната помощ и с оглед

фактичестката и правна сложеност на делото преценена през призмата на възраженето за прекомерност отправено своевременно от ответника, съдът приема, че в полза на жалбоподателя следва да бъде присъдена сумата от 1700лв/заплатена държавна такса за оспорване на акта/, както и сумата от 250лв/юрисконсултско възнаграждение/ или общо сумата от 1950лв.

Като следствие от всичко гореизложено и на основание чл. 172 ал.2 предл. второ от АПК, Административен съд София-град, 74 състав,

РЕШИ:

ОТМЕНЯ Решение № РД-26-16-32/24.01.2023г. на Ръководителя на управляващия орган /УО/ на Оперативна програма/ОП/ „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020г. с което по отношение на „ФОНД МЕНИДЖЪР НА ФИНАНСОВИ ИНСТРУМЕНТИ В БЪЛГАРИЯ“ ЕАД и във връзка с проведена състезателна процедура по договаряне по реда на чл.76 от ЗОП с предмет „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за ускоряване на начално финансиране, финансиран със средства по ОП „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020“ по три обособени позиции, е определена финансова корекция по финансово споразумение № BG16RFOP002-2.007-0001.

ОСЪЖДА Министерство на иновациите и растежа да заплати на „ФОНД МЕНИДЖЪР НА ФИНАНСОВИ ИНСТРУМЕНТИ В БЪЛГАРИЯ“ ЕАД, ЕИК[ЕИК], седалище и адрес на управление: [населено място], [улица],ет.3 сумата от 1950лева (хиляда деветстотин и петдесет лева) разноски по делото.

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

СЪДИЯ: