

# РЕШЕНИЕ

№ 2866

гр. София, 10.06.2020 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,**  
в публично заседание на 10.03.2020 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Радина Карамфилова-Десподска**

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **13367** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Д. К., Омбудсман на Република България, с адрес: [населено място], [улица], депозирана чрез процесуалния си представител юрк. Д. срещу Решение за определяне на финансова ФК-2019-193 от 11.11.2019 г. на директора на дирекция „Добро управление” и Ръководител на УО на Оперативна програма „Добро управление“, с което на Омбудсмана на Република България, като бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по проект: „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана и анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията във връзка изпълнение на Проект № BG05SFOP001-2.001-0011 „Електронна система за управление работата на администрацията на омбудсмана“ с две обособени позиции - № 1 „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана“ и 2 „Анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията“, е наложена финансова корекция в размер на 5% върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по засегнатите договори № Д.-31 от 20.05.2019 г. и № Д.-32 от 20.05.2019 г., сключени с изпълнител

Адвокатско дружество „П. и партньори“, финансиран от ОПДУ.

Жалбоподателят счита, че оспорваният акт е незаконосъобразен като издаден при съществено нарушение на административнопроизводствените правила и противоречие с материалноправните разпоредби. Сочи се, че административният орган не е обсъдил подробно и задълбочено възраженията му, представени в хода на административното производство, като не било посочено и защо същите не се възприемат за основателни от страна на УО. Липсвало яснота и относно определеният от УО размер на финансовата корекция, което е в нарушение на чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, както и на чл. 5, ал. 2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. /Наредбата/. Счита, че прилагането на формулата по чл. 5, ал. 3 от Наредбата е само формално и не изключвало задължението на органа да направи извод за основанията за определяне на размера на финансовата корекция. Наред с това, твърди, че утвърдената от Омбудсмана на Република България и приложена методика за оценка на офертите съдържа точни и ясни указания за определяне на оценката по всеки показател. Не било съобразено спрямо критериите по показател „Техническа оценка“, че в протокола от работата на комисията били изложени подробни съображения и оценки на всички представени оферти, като били обсъдени подробно критериите за оценка, съгласно приетите показатели за оценка и представените от участниците технически предложения. Предвид това, счита, че утвърдената от него методика за оценка не противоречи на нормите на чл. 70, ал. 7, т.1, 2 и т. 3 „б“ от ЗОП във вр. чл. 33, ал. 1 от Правилника за прилагане на ЗОП (ППЗОП), поради което и показателите включени в нея не ограничавали свободата на избор и гарантират пълнотата на реална конкуренция. С оглед на изложеното иска се отмяна на оспорения административен акт, като незаконосъобразен.

В съдебно заседание жалбоподателят, чрез процесуалния му представител юрк. А., поддържа жалбата, моли съда да отмени оспорения индивидуален административен акт по изложените в жалбата съображения и в депозираните по делото писмени бележки. Не претендира разноски по делото.

Ответникът - Ръководителят на УО на оперативна програма „Добро управление“, редовно уведомен, чрез процесуалния си представител старши експерт К., оспорва жалбата, като подробни доводи за неоснователността ѝ е изложил представения по делото писмен отговор. Претендира разноски по делото.

Софийска градска прокуратура - редовно уведомена, не изпраща представител и не взема становище по жалбата.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III отделение, 70 състав след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Не се спори между страните по делото, че между директора на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерски съвет, в качеството му на ръководител на УО на ОПДУ и жалбоподателят в настоящия процес, е сключен административен договор № BG05SFOP001-2.001-0011/18.02.2019 г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Оперативна програма „Добро управление“ за изпълнение на проект: „Преглед на работните процеси и процедури на

администрацията на омбудсмана и анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията във връзка изпълнение на Проект № BG05SFOP001-2.001-0011 „Електронна система за управление работата на администрацията на омбудсмана“ с две обособени позиции - № 1 „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана“ и № 2 „Анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията“

Съобразно сключеният договор за безвъзмездна финансова помощ и залегналите в него задължения жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ е провел процедура за възлагане изпълнението на обществена поръчка, възложена чрез събиране на оферти с обява по реда на чл. 20, ал. 3 от ЗОП, с предмет: „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана и анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията във връзка изпълнение на Проект № BG05SFOP001-2.001-0011 „Електронна система за управление работата на администрацията на омбудсмана“ с две обособени позиции - № 1 „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана“ и № 2 „Анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията“.

Въз основа на проведената обществена поръчка жалбоподателят сключил договори за двете обособени позиции, съответно за ОП1, договор № Д.-31 от 20.05.2019 г. с Адвокатско дружество „П. и партньори“, на стойност 13000 лева без ДДС и за ОП2 договор № Д.-31 от 20.05.2019 г., също с Адвокатско дружество „П. и партньори“, на стойност 10000 лева без ДДС.

При извършен от УО по ОПДУ последващ контрол за законосъобразност са констатирани нарушения на Закона за обществените поръчки при провеждането на откритата процедура с предмет „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана и анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията във връзка изпълнение на Проект № BG05SFOP001-2.001-0011 „Електронна система за управление работата на администрацията на омбудсмана“ с две обособени позиции

По този повод УО на ОПДУ по своя инициатива на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е започнал процедура по администриране на нередност.

На основание чл. 34, ал. 1 от Наредбата за определяне на условията, реда и механизма за функциониране на Информационната система за управление и наблюдение на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ИСУН/, УО е изпратил на жалбоподателя писмо, като от приобщените по делото доказателствата се установява, че последният е депозирал писмено възражение по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, което е постъпило в електронен формат по реда на чл. 35, ал. 1 от Наредбата на ИСУН на 08.10.2019 г.

С решение за определяне на финансова корекция № ФК-2019-193 от 11.11.2019 г. директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на УО на Оперативна

програмата „Добро управление“, на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1 във вр. с чл. 72, ал. 1 и ал. 3 от ЗУСЕСИФ и във връзка Заповед № Р-90 от 10.05.2017 г. на Министър-председателя на Република България, на Омбудсмана на Република България, като бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001-2.001-0011/18.02.2019 г., по отношение на обществена поръчка възложена чрез събиране на оферти с обява по реда на чл. 20, ал. 3 от ЗОП с предмет: „Преглед на работните процеси и процедури на администрацията на омбудсмана и анализ и систематизиране на нормативната рамка, засягаща дейността на омбудсмана и съществуващите системи за предложения и сигнали на гражданите и за контрол на предприетите действия в администрацията във връзка изпълнение на Проект № BG05SFOP001-2.001-0011 „Електронна система за управление работата на администрацията на омбудсмана“ с две обособени позиции, е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договори – за ОП1 - № Д.-31 от 20.05.2019 г. с Адвокатско дружество „П. и партньори“ на стойност 13000 лева без ДДС; по ОП2 - № Д.-32 от 20.05.2019 г. с Адвокатско дружество „П. и партньори“ на стойност 10000 лева без ДДС, на основание чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕСИФ във вр. т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата да посочване на финансови корекции и процентите показатели за определяне размера на финансова корекция по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. В мотивите на акта е прието от фактическа страна, че жалбоподателят, в качеството му на възложител на обществената поръчка, е одобрил методика за оценка, която в Показател 1 „Техническа оценка“ /ТО/ са включени два подпоказателя, а именно: ТО.1 – Разпределение на ресурсите и организация на екипа при изпълнение на дейностите в обхвата на поръчката и ТО. 2 – срок на изпълнение на поръчката.

Начинът на оценка на показател ТО.1 се изразявал в предложената от участника организация на изпълнението на поръчката и осигуряване изпълнение на минималните изисквания на възложителя, посочени в техническата спецификация, когато: 1./ участникът е предложил организация на работата на екипа от експерти, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, методите за осъществяване на комуникация с възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената поръчка и 2./ когато, участникът е представил описание на начина на изпълнение на поръчката. При така изпълнените изисквания броят на поставените точки е една. Посочено е, че с три точки по посочения подпоказател ТО.1 се оценява оферта, в която 1./ участникът е предложил организация на работата на екипа от експерти, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, методите за осъществяване на комуникация с възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената поръчка; 2./ участникът е представил описание на начина на изпълнение на поръчката и 3./ когато техническото предложение надгражда минималните изисквания на възложителя, посочени в Техническите спецификация при условие, че е налично поне едно от следните обстоятелства:

- За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти/ кой какво ще изпълнява/ на ниво отделно задача /за целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно

възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т. е има дефинирани начало и край и измерими резултати/;

- За всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение /информация, документи, срещи с възложителя, срещи със заинтересовани страни и др./ и задълженията на отговорният/те за изпълнението експерти.

С максималният брой пет точки, възложителят оценява: 1./ участникът, който е предложил организация на работата на екипа от експерти, посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, методите за осъществяване на комуникация с възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената поръчка; 2./ участникът е представил описание на начина на изпълнение на поръчката и 3./ когато техническото предложение надгражда минималните изисквания на възложителя, посочени в Техническите спецификации при условие, че е налично поне две от следните обстоятелства:

- За всяка от дейностите е показано разпределението по експерти/ кой какво ще изпълнява/ на ниво отделно задача /за целите на настоящата методика под „задача“ се разбира обособена част от дефинирана дейност, която може да бъде самостоятелно възлагана на отделен експерт и чието изпълнение може да се проследи еднозначно, т. е има дефинирани начало и край и измерими резултати/;

- За всяка дейност са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение /информация, документи, срещи с възложителя, срещи със заинтересовани страни и др./ и задълженията на отговорният/те за изпълнението експерти.

УО е приел от правна страна, че така посочената методика на оценка противоречи на нормите на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 „б“ от ЗОП във вр. с чл. 33, ал.1 от ППЗОП. Посоченото нарушение било относимо към точка 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата да посочване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансова корекция по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г, а именно, когато нередността се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, за която се предвижда определяне на финансова корекция в размер до 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключените договори.

По делото са приети като доказателства, всички представени с административната преписка писмени документи, включително и доказателства за компетентността на издателя на акта.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол (съобразно чл. 73 ал. 4 от ЗУСЕСИФ), поради което същата е процесуално допустима.

По същество на спора:

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения.

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да

провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК.

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

По отношение на компетентността на органа издал акта, спазването на установената форма и на административно производствените правила:

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Липсва спор по делото относно обстоятелството, че оспореният административен акт е издаден от компетентен орган, като в подкрепа на това по делото е представена и заповед № Р-90/10.05.2017 г., с която на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление” 2014-2020 г. (УО на ОПДУ) са делегирани посочените в заповедта правомощия, като в раздел I, т. 1 е предоставена и възможността за издаване на индивидуални административни актове, свързани с управлението и изпълнението на ОПДУ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Оспорения административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление” 2014-2020 е издаден в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ.

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

Тук следва да се посочи, че съдът намира, за неоснователно възражението на жалбоподателя, че не са обсъдени изчерпателно от ръководителя на УО на ОПДУ в решението за определяне на финансова корекция, възраженията депозирани по реда на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. Смисълът на възможността да се правят възражения е в това те да се вземат под внимание, да се обсъдят и евентуално да се опровергават в административния акт чрез излагането на правни аргументи защото не се приемат. Формалното цитиране на възраженията в акта не освобождава административния орган от задължението по чл. 73, ал. 3 ЗУСЕСИФ да ги обсъди и да изложи съображения защо не ги приема. В настоящия случай, видно от мотивите на решението, УО подробно е разгледал възражението на жалбоподателя и е изразил

становище защо намира същото за неоснователно. Предвид изложеното, съдът намира, че правото на защита на жалбоподателя не е ограничено и не са допуснати съществени нарушения на административно-производствените правила, които да обосновават незаконосъобразност на постановеното решение.

Със Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, обн. ДВ, бр. 101/22.12.2015 г., в сила от 25.12.2015 г., според чл. 1 ал. 1 от същия, 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, 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 за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове 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.143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Чл. 2, т. 37 определя като „икономически оператор“ всяко физическо или юридическо лице или друг субект, които участват в изпълнението на помощта от европейските структурни и инвестиционни фондове, с изключение на държава-членка, която упражнява правомощията си като публичен орган.

В случая липсва спор по делото, че жалбоподателя като бенефициер в изпълнението

на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т.36 от Регламент 1303/2013 г.

Както се посочи по-горе в мотивите на решението УО е приел като правно основание за налагане на финансовата корекция чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - друга 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. Като нарушени от страна на националното законодателство УО е посочил нормите на чл. 70, ал. 7, т.1, 2 и т. 3 „б“ от ЗОП във вр. чл. 33, ал. 1 от Правилника за прилагане на ЗОП (ППЗОП).

Следва да се посочи, че съдът извършва своята преценка за законосъобразност на оспорения пред него акт въз основа на изложените в акта фактически основания, като не е обвързан с дадената от административния орган правна квалификация, тъй като може да прецени коя е относимата към казуса такава въз основа на направените фактически установявания. В този смисъл, доколкото в мотивите на решението ясно е посочено, че финансовата корекция се налага за допуснати конкретни нарушения на българското законодателство, извършени чрез действие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, то същите съответстват на разпоредбата на чл. 70, ал.1, т.10 от ЗУСЕСИФ (относима към казуса и предишна т. 9 преди изм. ДВ, бр. 85 от 2017 г.).

Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 /сега т. 10/ се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. В случая приложима се явява 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, приета с ПМС № 57 Обн. ДВ. бр. 27 от 31.03.2017г., изм. ДВ. бр. 68 от 22.08.2017г., изм. ДВ. бр.67 от 23.08.2019г., изм. и доп. ДВ. бр. 19 от 06.03.2020 г.

Видно от чл. 1, ал. 1, Наредбата се прилага при констатиране на случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ /сега т.10/. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. В чл. 2, ал. 1 е посочено, че нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. В случая от събраните доказателства се установява по безсъмнен начин, че в качеството си на възложител на обществената поръчка, Омбудсмана на Република България е допуснал нарушение на българското законодателство, а именно - чл. 70, т. 1, т. 2 и т. 3 б. „б“ от ЗОП и чл. 33, ал.1 от ППЗОП, изразяващо се в незаконосъобразно определени критерии за възлагане. Така посочените нарушения представляват нередност относима към точка 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата да посочване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансова корекция по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. и се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до



ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, за която се предвижда определяне на финансова корекция в размер до 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по сключените договори, по следните съображения:

В процесния случай страните не спорят по фактите. Спорното в това производство нарушение касае законосъобразността на методиката за оценка, като критериите за оценка на офертите се прилагат спрямо допуснатите до участие в процедурата участници. Възложителят има свободата да изготви методика за оценка на офертите, която обаче не е неограничена. В рамките на спорния въпрос чл. 70, ал. 2, т. 3 ЗОП въвежда изискване, когато критерият за оценка е икономически най-изгодната оферта чрез избраните показатели и тяхната относителна тежест в комплексната оценка, да се осигури определяне на офертата, която предлага най-добро съотношение качество–цена. Съгласно чл. 70, ал. 4 ЗОП относителните тежести на показателите за оценка може да се определят чрез: 1. измерител на качество, включително технически параметри, естетически и функционални характеристики, достъпност, предназначение за всички потребители, социални, екологични и иновативни характеристики и иновативни търговски техники и условия; 2. организация и професионална компетентност на персонала, на който е възложено изпълнението на поръчката, когато качеството на ангажирания с изпълнението на поръчката персонал може да окаже съществено влияние върху изпълнението на поръчката, или 3. обслужване и поддръжка, техническа помощ и условия, като: дата на изпълнение, начин и срок на изпълнение или срок на завършване. Разпоредбата на чл. 70, ал. 7 от ЗОП задължава възложителя в документацията да посочи методиката за комплексна оценка и начина за определяне на оценката по всеки показател, като са предвидени три отделни изисквания към начина за определяне на оценката. Съгласно първата точка начинът трябва да дава възможност да се оцени нивото на изпълнение, предложено във всяка оферта, в съответствие с предмета на обществената поръчка и техническите спецификации. На следващо място начинът трябва да дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. На последно място начинът трябва да осигурява на кандидатите и участниците достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по всеки показател, като за количествено определени показатели се определят стойностите в цифри или в проценти и се посочва начинът за тяхното изчисляване, а за качествените показатели, които са количествено неопределими, се посочва начинът за тяхното оценяване от комисията с конкретна стойност чрез експертна оценка. Тази самостоятелност не изключва правилото, че при изготвяне на методиката възложителите трябва да спазват основни законови положения, установени в ЗОП и ППЗОП. Част от тези основни положения е и забраната по чл. 33, ал. 1, изр. трето ППЗОП, а именно, че в документацията за участие се определят ясни и конкретни условия, на които следва да отговарят плановете и графиците, и информацията, която трябва да съдържа. Следователно законодателят е въвел императивно изискване методиката за оценка на предложенията да съдържа точни указания за оценяване, които да гарантират запознаване на участниците с параметрите на оценяване, в рамките на които да предложат оферта, целяща най-добро класиране. Показателите следва да имат точно и конкретно формулирано съдържание и с оглед степента на съответствие, да са определени точни указания за тяхното оценяване.

Липсата на ясни указания в изискванията на възложителя за присъждане на определения брой точки не дава възможност за обективна оценка, основана на измерими критерии и обуславя възможност за субективизъм при оценяване. Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат

предложения по обществената поръчка, което води до ограничаване на конкуренцията за участие в процедурата в тази връзка е и Решение № 10104 от 31.07.2017 г. по адм. д. № 3414/2017 г., 5 чл. с-в на ВАС, където изводът, че наличието на неясни и неточни указания в методиката по оценяване за присъждане на определен брой точки, създава предпоставки за субективно оценяване и води до невъзможност да се прецени доколко обективни биха били действията на помощния орган при определяне на точките е счетен за законосъобразен.

В случая от събраните по делото доказателства, не се установи от страна на жалбоподателя, тези императивни изисквания на закона да са спазени.

По делото не е спорно, че възложителят е утвърдил Методика за оценка, съдържаща се в обявата за обществената поръчка на стойност по чл. 20, ал. 3 от ЗОП, която съдържа конкретни показатели, по които да се класират участниците въз основа на критерий оптимално съотношение качество/цена.

От съдържанието на въпросната Методика е видно, че действително възложителят е допуснал установените от УО нарушения на ЗОП и ППЗОП при определяне на показателя 1 – „Техническа оценка“ /ТО.1/ за изпълнение на поръчката, като същите правилно са квалифицирани като нередности по т. 11 от Приложение № 1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата - Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

В унисон с тезата на ответната страна, съдът приема, че в Методиката е налице неяснота относно обстоятелството какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания за допустимост на офертата, за да получат максимален брой точки, респективно по какъв обективен критерий оценителната комисия ще извърши оценка на допълнителните показатели на офертата. Правилни и законосъобразни са изводите на УО, че не са налице ясни и обективни критерии за оценка на показател ТО.1 „Разпределение на ресурсите и организация на екипа при изпълнение на дейностите в обхвата на поръчката“ както и, че същите са насочени не към изпълнение предмета на поръчката, а към нейното описание. Видно е, че за поставяне на максималния брой пет точки, възложителят освен минималните изисквания е въвел и други допълнителни надграждащи изисквания в техническите параметри, а именно, посочване за всяка от дейностите, как е показано разпределението по експерти, как са дефинирани необходимите ресурси за нейното изпълнение /информация, документи, срещи с възложителя, срещи със заинтересовани страни и др./ и какви са задълженията на отговорният/те за изпълнението експерти. Така въведените допълнителни надграждащи критерии към техническите предложения, за получаване на повече точки при предлагане на допълнителни дейности, които подобряват качеството на услугата, представлява нарушение на императивните законови правила тогава, когато изцяло на субективната преценка на комисията са оставени случаи, в които дадени дейности или под-дейности не са посочени от възложителя, като само и единствено от комисията за оценка зависи дали предлагането на такива ще се счита за допълнителни дейности, които повишават качеството на офертата или същите няма да получат допълнителни точки, поради това, че същите не са необходими за конкретните нужди за които възложителя извършва поръчката.

Установено е несъответствие със законовите изисквания и в случаите, при които липсва яснота относно това какво би следвало да включат в офертите си участниците над минималните изисквания, за да получат максимален брой точки, по кой обективен критерий ще се извърши оценка на „надграждането“ на офертата.

От посочените допълнителни критерии по ТО.1 „Разпределение на ресурсите

и организация на екипа при изпълнение на дейностите в обхвата на поръчката“ е видно, че е предвидено присъждане на съответния брой точки само за наличието на едно или повече от посочените надграждащи обстоятелства. В същото време участниците са задължени да изпълнят минималните изисквания на техническата спецификация, но не са задължени да предложат което и да било от надграждащи обстоятелства. В Методиката обаче не е посочено колко точки ще получават участници, които не предлагат нито едно от надграждащи обстоятелства, но техническите им предложения отговарят на минималните изисквания, заложи в техническата спецификация. Ето защо, съдът както посочи по-горе приема, че в случая се е стигнало до оценяване на пълнотата и начина представяне на информацията в техническото предложение, което е недопустимо.

За предвидените надграждащи обстоятелства, следва също така да се посочи, че не е ясно по какъв начин ще надградят неопределеното по обем и съдържание минимално изискване „участникът да е предложил организация на работата на екипа от експерти, да е посочил е как се разпределят отговорностите и дейностите между тях, методите за осъществяване на комуникация с възложителя, координация и съгласуване на дейностите и други организационни аспекти, които са необходими за качествено и срочно изпълнение на възложената поръчка, както и когато, участникът е представил описание на начина на изпълнение на поръчката“ и допускат забранено оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията по отношение на начина и организацията на изпълнение на конкретните дейности.

Тези надграждащи критерии не оценяват предмета на поръчката, а пряко сравняват предложенията на всички участници на основа пълнота на описанието. Това създава несигурност, доколкото никой от кандидатите не е запознат с останалите предложения за изпълнение на поръчката, а точките се поставят при извършване на сравнителен анализ между офертите.

Във връзка с това може да се направи обосновано заключение, че в случая е налице детайлизиране на минималните изисквания в техническата спецификация и съгласно Методиката по отношение на начина и организацията на изпълнение на дейностите, а не надграждане на минималните изисквания на възложителя, посочени в Техническата спецификация и визирани в Методиката за оценка по показателя ТО1.

От това следва, че Методиката е в противоречие с чл.70 ал.7, т. 1, т. 2 и т. 3 б.“б“ от ЗОП, предвид липсата на възможност да бъдат сравнени и обективно оценени техническите предложения в офертите и липсата на достатъчно информация за правилата, които ще се прилагат при определяне на оценката по качествени показатели, които са количествено неопределими. За да бъде методиката за оценка законосъобразна, при нейното прилагане следва гарантирано да се достигне до обективно, прозрачно и конкурентно класиране на офертите. Тоест, оценката следва да е обусловена от конкретни критерии - логически категории и технически разбираеми понятия, използването на които не поражда съмнение в субективност при работата на комисията. В този смисъл е верен изводът на органа, че методиката в случая не дава възможност да бъдат оценени офертите в съответствие с техническата спецификация, не дават достатъчно яснота на участниците какво описание следва да направят за получаване на максимален брой точки. Преценката дали конкретни предложени мерки гарантират качествено и навременно изпълнение на дейностите по поръчката не се основава на предварително зададени обективни измерители, а се обуславя изцяло от преценката на комисията.

Същата освен в противоречие на посочените на чл. 70, ал. 7 от ЗОП е в противоречие и с императивната разпоредба на чл. 33, ал.1 от ППЗОП, според която възложителите могат да изискват представяне на планове, графици и други

документи, свързани с организацията на изпълнение на дейностите, доколкото представят изпълнението в съответствие с офертата на участника и изискванията на възложителя. Пълнотата и начинът на представяне на информацията в документите не може да се използва като показател за оценка на офертите. Цитираната норма не следва да се тълкува стеснително, т.е. не само планове и графици, но и всеки друг документ, свързан с организацията на изпълнение на дейностите и оценяващ пълнотата и начинът на представяне на тази информация не може да се използва като показател за оценка на офертите. Нормата на чл.33 ал.1 от ППЗОП касае дейностите и нейното тълкуване води до извода, че забраната за оценяване на пълнотата и начина на представяне на информацията за организацията на изпълнението на дейностите следва да се разбира като залагане на такава методика, която отчита субективното разбиране на възложителя относно изпълнение на поставените изисквания от страна на участниците, оценявайки степенувано възможността за пълнота на техническото предложение, използвайки общи изрази и/или пояснения на понятия, даващи възможност на помощния орган на възложителя да занижи или завиши оценката на участник чрез субективна преценка, отчитайки подробното, детайлно, пълно и прочие описание на дейностите, задачите и т.н. От изложеното става ясно, че процесната Методика не е съобразена с описаното изискване, тъй като предоставя възможност на комисията, оценяваща офертите, свободно да интерпретира заложените критерии за оценка и да определя тази оценка по свое усмотрение, без същата да е надлежно обоснована в утвърдената документация, ясна и предвидима за участниците в процедурата.

В обобщение на изложеното съдът намира, че жалбоподателят действително е допуснала нарушения на чл. 70, ал. 7, т. 1, т. 2 и т. 3 б. "б" от ЗОП и чл. 33, ал. 1 от ППЗОП при определяне на показателя „ТО.1 „Разпределение на ресурсите и организация на екипа при изпълнение на дейностите в обхвата на поръчката“ в утвърдената Методика за оценка, изразяващи се в това, че начинът на определяне на оценката по посочения показател не дава възможност да бъдат оценени офертите в съответствие с техническите спецификации, не дава достатъчно яснота на участниците за правилата, които ще се прилагат при оценяването, както и методиката не дава възможност да бъдат сравнени и оценени обективно техническите предложения в офертите. Това от своя страна води до ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, даващи необосновано предимство или необосновано ограничавачи участието на стопански субекти и не са съобразени с предмета и обема на обществената поръчка, както и нарушава принципа на равнопоставеност и недопускане на дискриминация при възлагане на същата.

Така допуснатите нарушения на цитираните разпоредби от националното законодателство съставлява нередност по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл.2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основание за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57/28.03.2017г. и подлежи на финансова корекция в предвидените в цитираната наредба, параметри.

На следващо място, събраните доказателства сочат, че е налице и последната кумулативно изискуема предпоставка за налагане на финансова корекция, доколкото допуснатото нарушение има или би могло да има като последица нанасянето на щета на общия бюджет на Европейския съюз посредством извършването на неоправдан вид разход. Това е така, защото допуснатите нарушения са от такова естество, че са създали предпоставки неопределен брой потенциални участници да не се включат в процедурата, респективно са създали

условия за осигуряване на необосновано предимство на едни участници, респ. необосновано ограничение на други, което от своя страна пряко ограничава конкуренцията и произтичащата от това възможност за избор на офертата с най-добро съотношение между цена и качество. В тази връзка съдът напълно споделя извода на административния орган, че предвид националното и европейското законодателство (цитираната по-горе дефиниция за нередност, както и определението, дадено в чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година), наличието на реална вреда не се поставя като изискване. Нередност може да съществува и тогава, когато е налице само възможност за нанасяне на вреда на общия бюджет. От това следва, че нито националното, нито европейското законодателство изискват доказване на наличието на реална вреда, доколкото нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда, а в случая безусловно такава възможност е налице. Това от своя страна изключва застъпената от оспорващия теза за липса на реално настъпила щета, представляващо основание за липса на подлежаща на финансова корекция нередност.

Обосновани са и доводите на административния орган, че предвид характера на нарушението, е обективно невъзможно да бъде установено конкретното финансово отражение на вредата, но същото е определяемо по реда на чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ, който гласи: „Когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи“. В този смисъл е и чл.3, ал.2 от Наредбата: “Определянето на размера на финансовите корекции се извършва чрез диференциален метод, а когато е невъзможно – чрез пропорционален метод“. Поради спецификата на конкретното нарушение, безусловно рефлектиращо върху конкуренцията в поръчката, обективно е невъзможно да се определи точен размер на причинената вреда, тъй като не е възможно да се установи кои икономически обекти на пазара не са участвали в проведената от Омбудсмана на Република България процедура за възлагане на обществена поръчка, както и каква би била стойността на договора за изпълнение при друг участник. В такива случаи, при които не може да се направи точно количествено определяне на финансовото отражение на нарушението върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ по ДПБПФ, същата се равнява на процент от допустимите разходи по сключения договор за обществена поръчка. Поради изложеното правилно УО е използвал пропорционалният метод при избора на подход за определяне на размера на финансовата корекция, както и правилно е установил въз основа на каква база следва да се изчисли размера на финансовата корекция. Ето защо и доводите на жалбоподателят изложени в обратната насока не се споделят от настоящия съдебен състав на съда.

Предвиденият в горесцитираната наредба размер на финансовата корекция е процентен показател от 10 на сто, който може да бъде намален в зависимост от тежестта на нарушението. В случая УО е приложил финансова корекция в размер на 5 на сто от стойността на допустимите разходи по договорите № Д.-31 от 20.05.2019 г. с Адвокатско дружество „П. и партньори“, на стойност 13000 лева без ДДС и № Д.-31 от 20.05.2019 г., също с Адвокатско дружество „П. и партньори“, на стойност 10000 лева без ДДС, поради което размерът на финансовата корекция следва да се възстанови от бенефициента. Същата е определена в минималния предвиден размер за допуснатата нередност, като административният орган подробно е аргументирал защо счита, че финансовата корекция следва да бъде именно в размер на 5 %, което опровергава тезата на оспорващия за неправилно определяне на размера на корекцията и липсата на мотиви защо същата е определена именно в

този размер.

С оглед гореизложеното съдът приема, че атакуваното решение е издадено при спазване на материалния закон, доколкото по делото е безспорно установено нарушение на приложимото право на българското законодателство, извършено чрез действие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ по смисъла, вложен в чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ (ред. преди изм. с ДВ бр.85/2017г., понастоящем т.10).

Административният акт е постановен и при съблюдаване на законовата цел. Съгласно чл. 4, ал. 2 от АПК, административните актове се издават за целите, на основанията и по реда, установени в закона. Финансовата корекция е предвидена мярка, която се налага с цел да се коригират последиците от едно неправомерно действие или бездействие, като се възстановят незаконосъобразно предоставени средства. Съгласно чл. 71, ал.1 от ЗУСЕСИФ 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. Именно с тази цел е наложена и процесната финансова корекция, което обуславя извода, че същата е определена при спазване на законовата цел.

Мотивиран от горното, при проверката по чл.168 от АПК, съдът намира, че оспореният административен акт е валиден, издаден в предписаната от закона форма, при спазване на процесуалните правила и със съдържание, включващо достатъчно обосновани и подробни мотиви относно нарушенията, съставомерността на нередностите и определения размер на финансовата корекция, в съответствие с материалноправните разпоредби и целта на закона, поради което подадената срещу него жалба се явява неоснователна.

#### **По разноските по делото:**

Предвид този изход на спора и своевременно направеното от процесуалния представител на ответника искане за разноси по правилата на чл. 24 от Наредба за заплащането на правната помощ такива следва да се присъдят в размер на 200 лева

Водим от горното, Административен съд – София град, Трето отделение, 70 състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

#### **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на Д. К., Омбудсман на Република България, с адрес: [населено място], [улица], депозирана чрез процесуален представител юрк. Д. срещу Решение за определяне на финансова ФК-2019-193 от 11.11.2019 г. на директора на дирекция „Добро управление“ и Ръководител на УО на Оперативна програма „Добро управление“.

**ОСЪЖДА** Омбудсман на Република България, с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерски съвет на Република България сума в размер на 200 /двеста/ лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

#### **СЪДИЯ:**

