

# РЕШЕНИЕ

№ 6275

гр. София, 28.10.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,**  
в публично заседание на 11.10.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Евгени Стоянов**

при участието на секретаря Теменужка Стоименова, като разгледа дело номер **4315** по описа за **2022** 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. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от европейските фондове при споделено управление (загл. изм. - ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г.), предишно наименование - Закон за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Областна дирекция по безопасност на храните (ОДБХ) – С. – град, БУЛСТАТ:[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], [улица], представлявано от д – р А. С. Г., срещу точка 5 на Решение № ФК-2022-317 от 19.04.2022 г., издадено от директор на дирекция "Добро управление" - Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Добро управление" (ОПДУ) [населено място], с което е определена финансова корекция в размер на 100% върху допустимите разходи, засегнати от нарушение, по договор № 30 от 4.12.2020 г. с изпълнител "МАКС ТРАВЕЛ" ООД, сключен от ОДБХ С. – град, на стойност 159, 336 лева без ДДС.

В жалбата се сочи, че оспореното решение е незаконосъобразно, необосновано, неправилно поради неспазване на установената форма, нарушения на материалния закон, съществени нарушения на административнопроизводствените правила и несъответствие с целта на закона. Според жалбоподателя предметът на проведените обществени поръчки за организиране и провеждане на специализирани обучения е свързан с дейности, които представляват услуги и са посочени в Приложение № 2 Списък на социалните услуги и други специфични услуги към чл. 11, ал. 3 от ЗОП

(Закон за обществените поръчки), а именно: „Услуги по обучение на персонала“ и „Хотелиерски и ресторантьорски услуги и услуги в областта на търговията на дребно“. За тези групи услуги се допуска провеждане на процедура по пряко договаряне на основание чл. 182, ал. 1, т. 5 от ЗОП. Твърди се, че от възложителя са приложени относимите специални норми от националното и общностното право, дерогиращи разпоредбите на чл. 1, т. 2 от ЗОП, съответно на чл. 160, параграф 2 от Регламент 2018/1046. Посочва се, че твърдението на органа за нарушение от бенефициера на член 160 от Регламент 2018/1046 е прието за неоснователно и в Решение № 6054/26.05.2020 г. по адм. д. № 1383/2020 г. и Решение № 6796/05.06.2020 г. по адм. д. № 12049/2019 г. по описа на Върховен административен съд. Възложителят е избрал законосъобразна процедура, предвидена в закона за обществените поръчки и попадаща в Приложение № 2 „Списък на социалните услуги и други специфични услуги, към чл. 11, ал. 3 от ЗОП.“

В съдебно заседание жалбоподателят - редовно призован, не се представлява. Представени са бележки по съществуването на спора под формата на писмена защита. Претендират се разноси. Представен е списък по чл. 80 ГПК.

В съдебно заседание ответникът - редовно призован, не се явява, представлява се от държавен експерт И. К.. Иска от съда да остави жалбата без уважение като неоснователна и недоказана и да потвърди акта. Претендира присъждането на юрисконсултско възнаграждение. Прави възражение за прекомерност на претендирания адвокатски хонорар.

Административен съд София – град, след като съобрази доводите на страните и представените доказателства приема за установено от фактическа страна следното:

На 04.06.2020 г. между ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Добро управление" и Областна дирекция по безопасност на храните (ОДБХ) – С. – град, БУЛСТАТ:176986760, е сключен административен договор № BG 05SF OP001-2.019-0019-C01/04.06.2020 г., за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ /БФП/ по Оперативна програма "Добро управление" за изпълнение на проект с наименование "Подобряване на специализираните знания и умения на служителите в Областна дирекция по безопасност на храните (ОДБХ) – С. – град“.

Административният орган приема, че е налице нередност по т. 21 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, по всички девет договора с изпълнител „Макс Травел“ ООД, включително и по договор № 30 / 04.12.2020 г., по който страна е ОДБХ С. – град.

След извършен анализ в хода на проверките за законосъобразност на разходите от административния орган е установена повторяемост на избрания изпълнител „Макс Травел“ ООД след проведени процедури „пряко договаряне“ по чл. 18, ал. 1, т. 13 от Закона за обществените поръчки по девет от проектите на ОДБХ В. Т., Х., П., В., С. – град, В., Б., П. и С.. Избраният от възложителите ред за възлагане е този на „пряко договаряне“ по чл. 18, ал. 1, т. 13 от ЗОП. Изпратени са покани до три дружества – „4 Сезона Т.“ ООД, „Икар Тур“ ООД и „Макс Травел“ ООД.

С писмо № 02.50 – 6 / 21.03.2022 г. (л. 58-60 от делото) ръководителят на УО на ОПДУ е уведомил бенефициера, че когато всички девет възложители (съответните Областни дирекции по безопасност на храните) отправят покана до едни и същи три дружества, ограниченият им брой създава предпоставки за координиране на поведението им при участието им в процедурите. Предложените от тримата участници оферти в хода на процедурата са в диапазона 99, 7 % - 99, 9 % от

прогнозната стойност на съответната поръчка. Разликите в офериранияте цени са минимални по всичките девет проекта и най – ниската цена винаги е тази, която е предложена от „Макс Травел“ ООД. Разликата в офертите по всички 9 (девет) проекта, измерена в средна стойност на един обучен, е преобладаващо под 0, 50 лева без ДДС, като само в един случай – 0, 95 лева без ДДС (при средна прогнозна стойност по 8 проекта 395, 79 лева без ДДС за един обучен, по 1 – 385, 79 лева без ДДС). Освен това нито един от участниците в процедурите не е пожелал по време на проведените преговори да предложи по-ниска цена от предложената в офертата.

На следващо място, в писмото е посочено, че по тези проекти покани са отправени към три едни и същи лица - "4 Сезона Т." ООД, "Икар Тур" ООД и "Макс Травел" ООД и е избран предложилият най-ниска цена, а именно "Макс Травел" ООД от всички девет ОДБХ. В писмото е посочено още, че председател на всички девет комисии по чл. 103, ал. 1 от ЗОП, назначени за извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори в процедурите по пряко договаряне е М. Г. К. – ръководител на проектите, като е установена и повтаряемост при останалите членове на комисията. По осем от деветте процедури като член на комисията участва А. А. – служител в Централно управление на БАБХ. В три от комисиите по чл. 103, ал. 1 от ЗОП, назначени за извършване на подбор на кандидатите и участниците, разглеждане и оценка на офертите и провеждане на преговори в процедурите по пряко договаряне на ОДБХ В., В. и П. от общо трима членове двама – М. Г. К. и Т. Д. К. - са свързани лица. Те са съдружници в „КРАИЩЕ“ ООД, ЕИК[ЕИК], като М. Г. К. е управител и притежава 60 % от капитала на дружеството, а Т. К. – 40 %. М. Г. К. и Т. Д. К. са и членове на Управителния съвет на Сдружение „Национална бизнес мрежа“, ЕИК[ЕИК]. Двете лица са външни за бенефициентите и за Българска агенция по безопасност на храните и са част от екипите за организация и управление на трите проекта. С тях са сключени договори за услуга (граждански договори) съответно за ръководител и главен координатор на проектите.

В писмото е посочено, че установеното нарушение представлява нередност по т. 21 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която е предвидена финансова корекция в размер 100 на сто от поисканите за възстановяване разходи по съответните договори за обществени поръчки, включително по посочения договор № 30 от 4.12.2020 г. с изпълнител "МАКС ТРАВЕЛ" ООД.

На основание чл. 73 от ЗУСЕФСУ на бенефициера е даден двуседмичен срок за представяне на писмени обяснения по основателността и размера на финансовата корекция и представяне на доказателства.

Областна дирекция по безопасност на храните С. – град, чрез директора, е подала писмено възражение изх. № 683 / 04.04.2022 г. (л. 62-63 от делото), според което фактическият състав на § 2, т. 21 от Допълнителните разпоредби на ЗОП "Конфликт на интереси" не е реализиран, не са известни данни и доказателства, които да сочат определени служители, възложителя на обществената поръчка или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането на обществената поръчка или могат да повлияят на резултата от нея да имат какъвто и да било интерес, който да води до материална или нематериална облага. Дефиницията за

"облага" е доста широка и неизчерпваща възможните хипотези. Дефиницията на "конфликт на интереси" също изисква преценка на житейски и фактически положения: дали конкретно лице има интерес, дали този интерес води до облага и дали би могло да се приеме, че оказва влияние на неговата безпристрастност и независимост. Според директора на ОДБХ - С., неоснователно е констатирана нередност, а именно "конфликт на интереси с въздействие върху резултатите от процедурите за възлагане на обществените поръчки" и неоснователно е предвидена финансова корекция.

Като е приел представеното възражение за неоснователно, Р. на ОПДУ е постановил Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-317/19.04.2022 г., с което на основание чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 е определил на ОДБХ—С. – град финансова корекция в размер на 100 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 30 / 04.12.2020 г. с изпълнител "МАКС ТРАВЕЛ" ООД - в изпълнение на административен договор В005S F ОР001-2.019-0019-С01 от 04.06.2020 г. на основание т. 21 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ.

В мотивите на административния акт е прието следното:

При проверките се установява, че деветте възложителя са извършили пазарни проучвания, като са получили информация от едни и същи две търговски дружества да представят прогнозни цени. На 31.01.2020 г. всеки възложител е получил по една оферта от "Интерпроджект" ЕООД, която съдържа цена за провеждане на обучения, както и по една оферта от "Макс Травел" ООД, съдържаща цени за настаняване, кетъринг, осигуряване на конферентна зала и мултимедия. Вследствие от проведените пазарни консултации всичките девет възложителя достигат до осреднена цена за логистика, необходима за един обучен служител, в размер на 215.79 лв. без ДДС. Разлики се наблюдават само по отношение на цената за провеждане на обучение на един служител, като в осем ОДБХ тя е в размер на 180.00 лв. без ДДС, с изключение на ОДБХ - С., на която е предоставена цена за обучен служител в размер на 170.00 лв. без ДДС. Поради това, общата цена за обучение на един служител, в която се включват разходи за обучение и логистични разходи, до която достига вследствие на така направените пазарни консултации ОДБХ - С. е 385.79 лв. без ДДС, а останалите дирекции - 395.79 лв. без ДДС. Всичките девет възложителя са избрали да проведат обществените поръчки по правилата на пряко договаряне с едни и същи определени лица, сред които едно от дружествата, участвали в пазарните консултации. Видно от приложените отговори, нито един възложител не е предоставил мотиви за избора на този тип процедура, а бланкетно е посочена нормата на чл. 182, ал. 1, т. 5 от ЗОП, съгласно която възложителите могат да проведат процедура по пряко договаряне, само когато обществената поръчка е за услуги по Приложение № 2 към чл. 11, ал. 3 от ЗОП и е на стойност от 70 000 лв. до 1 000 000 лв. без ДДС. Поради обстоятелството, че всяка поръчка попада в този ценови диапазон и в това приложение, възложителите посочват, че са провели процедурите по правилата на пряко договаряне. При тези процедури конкуренцията е изначално ограничена от страна на възложителя. Това е така, защото именно възложителят решава кой да бъде поканен. Когато всички девет възложителя отправят покана до едни и същи три дружества, ограниченият им брой

създава предпоставки за координиране на поведението им при участието им в процедурите.

Въз основа на тези данни, УО на ОПДУ е приел, че е налице конфликт на интереси с въздействие върху резултатите от процедурите за възлагане на обществените поръчки, което представлява нарушение по т. 21 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата по смисъла на § 2, точка 21 от Допълнителните разпоредби на ЗОП.

Недоволен от това произнасяне бенефициерът по административния договор – Областна дирекция по безопасност на храните (ОДБХ) – С. град оспорва решението за налагане на финансова корекция пред Административен съд София – град.

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

Жалбата е подадена срещу решението за определяне на ФК в частта, в която на Областна дирекция по безопасност на храните – С. град, бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001 – 2.019 – 0019 – С01 / 04.06.2020 г., е определена 100 % финансова корекция във връзка с проведена обществена поръчка. Тоест обжалва се точка 5 от Решение за налагане на финансова корекция. Това е видно от писмена молба на ОДБХ С. – град, която е постъпила по делото (л. 164), в резултат на дадени от страна на съда указания до жалбоподателя. Жалбата е подадена в срок и като такава е допустима.

Разгледана по същество, жалбата е основателна.

Решението, издадено на основание чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, е постановено от компетентен орган.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта.

В чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕФСУ е предвидено, че ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В алинея 4 на чл. 9 от този закон е предвидено, че управляващите органи се създават като звено в администрация по реда на Закона за администрацията или Закона за местното самоуправление и местната администрация, или като отделна администрация. Доколкото това е приложимо съгласно правото на Европейския съюз, функциите на такъв орган може да се предоставят за изпълнение и от друг орган или организация. (чл. 9, ал. 4, изр. 2 – ро ЗУСЕФСУ).

Съгласно чл. 77а, ал. 1, т. 1 от Устройствения правилник на Министерския съвет и на неговата администрация, Дирекция "Добро управление" изпълнява функциите и на Управляващ орган на Оперативна програма "Добро управление" 2014 - 2020 г. (ОПДУ). На основание чл. 9, ал. 5 ЗУСЕФСУ Министър-председателят, като ръководител на правителството, на основание чл. 25, ал. 1 от Закона за администрацията и чл. 77а, ал. 1 от Устройствения правилник на Министерския съвет и на неговата администрация, е ръководител на УО, и той е компетентният орган, който би следвало да е автор на административния акт, с който се налага финансова корекция.

Видно от нормата на чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕФСУ, министър-председателят може да делегира своите правомощия на друго лице. Това е направено, съобразно приобщената заповед на л. 55 – 56 от делото.

В решението за налагане на финансова корекция се сочи, че със Заповед №

Р-73/14.05.2021 г. на Министър - председателя на Република България И. П. е била надлежно оправомощена да издаде обжалвания акт. Доколкото към датата на постановяване на решението Министър - председателят на Република България е различен от този, издал Заповед № Р-73/14.05.2021 г., приложение намира приобщената в делото Заповед № Р-142 / 08.08.2022 г. (л. 181 – 182 от делото).

Решението е издадено в задължителната по закон писмена форма - чл. 59, ал. 2 АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК.

Като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатираните конкретни обстоятелства, възприети като нередност.

Правните основания в оспорения акт са няколко:

Цитирани са чл. 70, ал. 1, т. 9 и чл. 73, ал. 1, във връзка с чл. 72, ал. 1 и, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, и чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, Заповед № Р-73/14.05.2021 г. отменена със Заповед № Р-16/01.02.2022 г. на Министър-председателя на Република България. Посочени като нарушени са разпоредбите на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 вр. § 2, т. 21 от ДР на ЗОП, както и т. 21 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Законодателят е уредил специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. От доказателствата по делото е безспорно, че това изискване на закона е спазено - органът е уведомил бенефициера за основанието и за размера на финансовата корекция по смисъла на чл. 73, ал. 2 ЗУСЕФСУ, като са направени възражения, аналогични на тези в жалбата до съда.

Спазен е изискуемият от чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ срок за издаване на решението.

В хода на административното производство органът не е допуснал съществено нарушение на административнопроизводствените правила. Въпреки че това не е изрично посочено, очевидно административният орган е избрал да приложи разпоредбата на чл. 32 от АПК, озаглавена „Свързани производства“. Съгласно тази разпоредба по производства, в които правата и задълженията на страните произтичат от еднакво фактическо състояние и по които е компетентен един и същ административен орган, може да се започне и проведе едно производство, засягащо повече от една страна. В резултат на прилагането на тази разпоредба ръководителят на УО на ОПДУ е започнал и провел едно производство с девет различни бенефициери, което е завършило с издаването на оспореното решение за налагане на финансова корекция.

По съответствието с материалния закон съдът съобразява следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕФСУ финансовата подкрепа със средствата на Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена само на някое от лимитативно посочените правни основания. Следователно българският законодател е приел, че всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕФСУ основания води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като води до отчитането на неоправдан разход в общия бюджет.

На органа е доказателствената тежест с оглед на чл. 170, ал. 1 АПК, и за да се приеме за законосъобразен актът му по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, органът трябва да докаже този елемент на фактическия състав на нередността - нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, което е свързано с неговото прилагане. Това нарушение, ако бъде доказано като осъществено, ще попадне в хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ - нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. Трябва да се държи сметка, че глава четвърта от ЗУСЕФСУ и специално чл. 49, ал. 2, т. 1 препраща към ЗОП.

Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕФСУ нередностите по т. 9 се "посочват" в акт на Министерския съвет.

Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г., изм. и доп., бр. 67 от 23.08.2019 г., в сила от 23.08.2019 г., бр. 19 от 6.03.2020 г.

Съгласно чл. 143 (1) Регламент № 1303/2013, държавите-членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. А съгласно чл. 122 (2) Регламент № 1303/2013, държавите-членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми.

Така формулираното задължение на държавите-членки изисква доказването на нередността.

Дефиницията за нередност се съдържа в чл. 2 (36) Регламент № 1303/2013, съгласно които "нередност" е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Понятието "икономически оператор" е определено в т. 37 на същата разпоредба и това е 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.

Следователно при определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като "нередност" трябва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1. доказано нарушение на разпоредба на съюзното право, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект /оператор/; 2. нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан/неправомерен разход в общия бюджет или вероятност за настъпване на такава вреда и 3. причинна връзка между нарушението и вредата.

Оспореният акт има за адресат ОДБХ С. – град в качеството ѝ на бенефициер с оглед на дефиницията на член 2, точка 10 от Регламент № 1303/2013 по договор за безвъзмездна финансова помощ. От съдържанието на договора е безспорно, че предметът му визира предоставянето на безвъзмездна помощ на бенефициера.

По силата на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. Съгласно чл. 70, ал. 2 ЗУСЕФСУ нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. В този акт (Наредба) са посочени случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициера, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, както и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции, определяни за нередности - чл. 1, т. 1 и 2 от наредбата.

Целта на налагане на финансовите корекции е визирана в чл. 71, ал. 1 ЗУСЕФСУ, а именно да се постигне или възстанови ситуацията при която всички разходи, подадени пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство.

Областна дирекция по безопасност на храните - С. – град има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент № 1303/2013 г., доколкото участва в усвояването на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, ОДБХ С. – град е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Съдът приема за спорно по делото наличието на втория и третия елемент от фактическия състав на нередността.

Относно втория елемент - нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане се твърди нарушение чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, като принципите в тези разпоредби са нарушени с оглед наличен конфликт на интереси по смисъла на § 2, т. 21 от ДР на ЗОП, и което нарушение се квалифицира по т. 21 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Според мотивите на оспорения акт нарушението се изразява в това, че всички възложители са сключили граждански договори с едно и също лице - външен експерт, което е било председател на всички девет възлагателни комисии. По осем от деветте процедури като член на комисията участва А. А. - служител в Централно управление на БАБХ. В състава на част от комисииите по чл. 103, ал. 1 от ЗОП (обществената поръчка от ОДБХ С. – град не попада в тази хипотеза) участват М. Г. К. и Т. Д. К., които са свързани лица. Те са съдружници в "Крайще" ООД, ЕИК[ЕИК], като М. Г. К. е управител и притежава 60 % от капитала в дружеството, а Т. Д. К. - 40 %. М. Г. К. и Т. Д. К. са и членове на Управителния съвет на Сдружение "Национална бизнес мрежа", ЕИК[ЕИК]. Двете лица са външни за бенефициерите и за Българска агенция по безопасност на храните (БАБХ) и са част от екипите за организация и управление. При осем от процедурите са сключени граждански договори за "Главен координатор" по проектите с други външни експерти – Т. К. (по 3) и А. Д. (по 4). Твърди се, че това е в противоречие с обективността на избора на външни експерти от страна на



възложителите. Въз основа на тези данни, УО на ОПДУ е приел, че е налице конфликт на интереси с въздействие върху резултатите от процедурите за възлагане на обществените поръчки.

От материалите по делото се установява, че лицето Т. К. не е част от комисията, назначена със Заповед № 1445 / 23.10.2020 г. на директора на ОДБХ – С. град. Членове на комисията са А. А. и А. М. Д.. Председател на комисията е М. Г. К.. Всичките са декларирали, че по отношение на тях не е налице конфликт на интереси по конкретната обществена поръчка. В този смисъл изложените в жалбата аргументи, че Т. К. няма никакво отношение към проекта на ОДБХ - С. град и към проведената обществена поръчка са основателни. Главен координатор на проекта на ОДБХ – С. град е А. М. Д.. Тя е и член на комисията по ЗОП. Доколкото обаче административният орган е основал мотивите на своя акт основно върху обстоятелството, че са налице определени правни отношения и връзки между М. К. и Т. К., то те трябва да бъдат обсъдени.

Наличието или отсъствието на конфликт на интереси в разглеждания случай следва да се преценява въз основа на легалната дефиниция, съдържаща се в § 2, т. 21 от ДР на ЗОП. Според последната, конфликт на интереси е налице, "когато възложителят, негови служители или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането на обществената поръчка или могат да повлияят на резултата от нея, имат интерес, който може да води до облага по смисъла на чл. 54 от Закона за противодействие на корупцията и за отнемане на незаконно придобитото имущество (ЗПКОНПИ) и за който би могло да се приеме, че влияе на тяхната непристрасност и независимост във връзка с възлагането на обществената поръчка". С оглед конкретиката на настоящия казус подлежат на преценка следните обстоятелства:

налице ли е интерес на лице, което участва при възлагането на обществената поръчка; наличието на такъв интерес може ли да доведе до облага по смисъла на чл. 54 от ЗПКОНПИ и

за този интерес би ли могло да се приеме, че влияе на непристрасността и независимостта на горепосоченото лице във връзка с възлагането на обществената поръчка.

Видно от елементите от фактическия състав на нормата на § 2, т. 21 от ДР на ЗОП, законодателят е свързал наличието на интерес с възможността за получаване на облага по смисъла на чл. 54 ЗПКОНПИ. Съгласно тази разпоредба, "облага е всеки доход в пари или в имущество, включително придобиване на дялове или акции, както и предоставяне, прехвърляне или отказ от права, получаване на стоки или услуги безплатно или на цени, по-ниски от пазарните, получаване на привилегия или почести, помощ, глас, подкрепа или влияние, предимство, получаване на или обещание за работа, длъжност, дар, награда или обещание за избягване на загуба, отговорност, санкция или друго неблагоприятно събитие." В конкретния случай никой от членовете на комисията не е имал интерес, който е могъл да доведе до облага и за който би могло да се приеме, че влияе върху неговата непристрасност и зависимост. Като доказателство за наличието на такъв конфликт на интереси, се сочи единствено обстоятелството, че М. Г. К. и Т. Д. К. са членове на сдружение "Национална бизнес мрежа" и съдружници в "Крайще" ООД. Вече беше посочено, че лицето Т. К. не участва в екипа за управление на проекта на ОДБХ – С. град. Тя не е определена и за участник в комисията за избор на изпълнител по ЗОП.

Независимо от това обстоятелство обаче, наличието на определени правни връзки между М. К. и Т. К. не налагат извод за създадени отношения с произтичащите от тях общи икономически интереси или други ангажименти на обвързаност, така, както същата е регламентирана в чл. 54 от ЗПКОНПИ. Обстоятелството, че са членове в сдружение и съдружници в търговско дружество няма отношение към процесните обществени поръчки, и сам по себе си не обуславя извод, че е налице конфликт на интереси. Легалната дефиниция на понятието "свързани лица" се съдържа § 1, т. 13 от Допълнителните разпоредби на Закона за публичното предлагане на ценни книжа (ЗППЦК), към които разпоредби препраща от своя страна легалната дефиниция, дадена в § 2, т. 45 от ДР на ЗОП. От своя страна, § 1, т. 13 от ДР на ЗППЦК визира различните категории свързани лица, а в § 1, т. 14 от ДР на ЗППЦК е посочено що е "контрол" по смисъла на закона. Единствените две разпоредби на ЗОП, в които се среща терминът "свързани лица" са тези на чл. 101, т. 11 и чл. 107, т. 4 от Глава единадесета на ЗОП "Провеждане на процедури за възлагане на обществени поръчки". Съгласно правилото на чл. 101, т. 11, "свързани лица не могат да бъдат самостоятелни кандидати или участници в една и съща процедура", а според правилото на чл. 107, т. 4 от закона "се отстраняват от участие кандидати или участници, които са свързани лица". Налага се изводът, че правният режим на "свързаните лица" по смисъла на ЗОП намира приложение само относно кандидати и участници в една и съща процедура за възлагане на обществена поръчка, каквито посочените по-горе лица не са.

Точка 21 от Приложение № 1 към Наредбата за посочване на нередности е със съдържание: "Конфликт на интереси с въздействие върху резултата от процедурата за възлагане на обществена поръчка." Установен е неразкрит или неадекватно отстранен конфликт на интереси по смисъла на § 2, т. 21 от допълнителните разпоредби на ЗОП и съответният кандидат или участник е избран за изпълнител на обществената поръчка. В допълнение конфликтът на интереси може да възникне още при подготовка на проекта, ако подготовката е оказала влияние върху документацията или процедурата."

В случая дори не се твърди, че съответният кандидат или участник е избран за изпълнител поради нарушена процедура вследствие на конфликт на интереси. Липсват и доказателства, че поради конфликт на интереси именно "Макс Травел" ООД е избран за изпълнител на обществената поръчка. Не са посочени никакви доказателства, че членовете на комисията по чл. 103 от ЗОП имат определени особени отношения с това дружество, и по тази причина същото е определено за изпълнител.

Съдът съобрази и следното:

Член 63 от Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 (съответстващ на член 59 от Регламент № 966/2012 - отм.), изрично задължава държавите членки, при споделеното управление, да спазват принципите на добро финансово управление, прозрачност и публичност и да изпълняват своите съответни задължения за контрол и одит. Параграф 2 на член 63 задължава държавите членки при споделеното управление да вземат всички необходими мерки, в т. ч. законодателни, регулаторни и административни, за да защитят финансовите интереси на Съюза. Съдът на Европейския съюз приема, че изискването за предотвратяване на конфликт на интереси се основава на принципа на добро финансово управление - решение от 17 март 2015 г., AFCOп, T-160/03, EU: T: 2005: 107, т. 74, както и на принципите на равно третиране и на прозрачност - решение от 12 март 2015 г., eVigilio, C-538/13, EU: C: 2015: 166, т. 35, 42 и 43.

С оглед на горното задължението на държавите членки за предотвратяване и установяване на конфликт на интереси следва от установените в чл. 63 от Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 (член 59 от Регламент № 966/2012) техни задължения по споделеното управление, каквото с оглед на член 4, параграф 7 от Регламент № 1303/2013 е управлението на Европейските структурни и инвестиционни фондове по смисъла на чл. 1, ал. 2 ЗУСЕСИФ. В съответствие със задълженията си, произтичащи от споделеното управление, националният законодател в член 2, ал. 2 ЗУСЕФСУ изрично е въвел забраната за конфликт на интереси при управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове при това със смисъла и съдържанието на чл. 61 от Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 (член 57 от Регламент № 966/2012).

За да е налице конфликт на интереси по смисъла на § 2, т. 21 ЗОП, поради който е било необходимо участникът да бъде отстранен, е необходимо възложителят, негови служители или наети от него лица извън неговата структура, които участват в подготовката или възлагането, или могат да повлияят на резултата, да имат интерес, който води до облага по смисъла на чл. 54 ЗПКОНПИ и за който интерес би могло да се приеме, че влияе на тяхната безпристрастност и независимост във връзка с възлагането на обществената поръчка и този конфликт не бил отстранен.

За да е налице конфликт на интереси трябва да е възможно да се приеме, че установеният интерес влияе на безпристрастността и независимостта на наетото от органа лице във връзка с определянето на изпълнител. За да е налице тази възможност е необходимо "пристрастността на експерт да може да се установява само въз основа на обективно положение, така че да се предотврати всякакъв риск публичноправният възлагащ орган да се ръководи от чужди на разглежданата поръчка съображения и да отдаде предпочитание на даден оферент поради този факт" - решение от 12 март 2015 г., eVigilio, C-538/13, EU: C: 2015: 166, т. 41. Тежестта за доказване на това е на възлагащия орган, в случая на ръководителя на Управляващия орган - т. 44 от решението eVigilio.

Конфликт на интереси би могъл да бъде налице само ако лицата, които участват в комисията за избор на изпълнител, имат конфликт на интереси с кандидатите или участниците - в този смисъл е чл. 103, ал. 2 от ЗОП, който гласи: "По отношение на членовете на комисията не трябва да е налице конфликт на интереси с кандидатите или участниците." Между членовете на комисията може да са налице лични, професионални, служебни, търговски и всякакви други отношения, но ако липсват особени отношения с кандидатите/участниците, не може да се приеме, че е налице конфликт на интереси по смисъла на ЗОП. Ако за един от членовете на комисията е установен конфликт на интереси с кандидат/участник, при наличие на негови особени отношения с другите членове на комисията би следвало да се обсъди въпросът дали и относно другите лица, членове на комисията е налице конфликт на интереси с оглед на тези особени отношения с лицето, което е в конфликт на интереси. В случая обаче за никое от лицата, членове на комисията, не е налице конфликт на интереси с кандидат/участник. Националният законодател не е регламентирал изрично възможността органът или съдът да преценяват "обстоятелството, че евентуалната пристрастност на експерт е повлияла или не върху решението" - т. 45 от решението eVigilio, а в т. 47 от решението eVigilio Съдът на Европейския съюз е приел, че приложимото към датата на произнасянето право на Съюза относно обществените поръчки допуска "по принцип незаконосъобразността на оценката на офертите да

бъде установена само въз основа на факта, че получателят на поръчката е имал съществени връзки с експерти на възлагащия орган, извършили оценките", като "националното право е това, което трябва да определи дали и до каква степен компетентните административни и съдебни органи са длъжни да вземат предвид обстоятелството, че евентуалната пристрастност на експертите е повлияла или не върху решението за възлагане на поръчката".

Нещо повече, както приема Съдът в решение от 20 март 2013 г., Nexans, T-415/10, EU: T: 2013: 141, т. 116 и 117, "не съществува абсолютно задължение за възлагащите органи системно да изключват оференти при наличие на конфликт на интереси и такова изключване не е обосновано, когато може да се докаже, че конфликтът на интереси не е оказал влияние върху поведението им в процедурата за възлагане на обществената поръчка, както и че не съществува реална опасност от възникване на практики, които могат да нарушат конкуренцията между оферентите... и обратно, изключването на оферент при наличие на конфликт на интереси е неизбежно, когато не съществува по-подходяща мярка да се избегне всяко нарушение на принципите на равно третиране на оферентите и на прозрачност" (и цитираната там съдебна практика). Същото и в решение от 13 октомври 2015 г., Intrafsoft, T-403/12, EU: T: 2015: 774, т. 76.

По отношение на твърденията на УО, че липсва конкуренция поради избора на процедура по чл. 18, ал. 1, т. 13 от ЗОП, съдът посочва, че съгласно чл. 20, ал. 2, т. 2 от ЗОП, Възложителите прилагат процедурите по чл. 18, ал. 1, т. 12 или 13, когато обществените поръчки имат прогнозна стойност: 2. при доставки и услуги, включително и услугите по приложение № 2 - от 70 000 лв. до съответния праг по, ал. 1 в зависимост от вида на възложителя и предмета на поръчката. Видно от така посочената разпоредба, възложителят е обвързан със стойността на поръчката, когато обявява вида на процедурата по ЗОП. Стойността на поръчката е малко над минимума от 70 000 лева. Не е необходимо излагането на никакви допълнителни мотиви от възложителя защо е избрана тази процедура, тъй като избора на същата е по силата на закона - произтича от ЗОП. Обществената поръчка има за предмет и цел организиране на специализирани обучения на служителите на БАБХ, избраният изпълнител следва да предостави комплексни услуги по организиране и провеждане на заложените в проекта специализирани обучения, като осигури необходимите лектори, обучителни програми и материали, както и настаняване и кетъринг на участниците в обученията. Възложителят не е длъжен да се възползва от разпоредбата на чл. 20, ал. 9 от ЗОП, като в случая УО не излага никакви мотиви в тази насока - че възложителят е бил длъжен да приложи тази разпоредба. В същата се дава право на възложителя, но не и задължение да я приложи при определени условия.

С оглед на изложеното, липсва посоченото нарушение на ЗОП, липсва конфликт на интереси, липсва ограничаване на конкуренцията, като процедурата по чл. 18, ал. 1, т. 13 от ЗОП е била законосъобразно избрана. По тези причини липсва посоченото нарушение на правото на ЕС и на свързаното с неговото прилагане национално право. С оглед липсата на нарушение липсва вреда на бюджета, и е безпредметно да се търси причинна връзка между нарушение и вреда, тъй като и двете не са налице.

Решението не е съобразено и с целта на закона, доколкото следва да се възстановят в бюджета на Съюза само неправомерно изразходвани средства, а в случая средствата са били законосъобразно изразходвани, доколкото не е налице нередност.

По отношение на останалите твърдения на жалбоподателя съдът съобразява следното:

Посочените решения № 6054/26.05.2020 г. по адм. д. № 1383/2020 г. и решение № 6796/05.06.2020 г. по адм. д. № 12049/2019 г. по описа на Върховен административен съд касаят други случаи, поради което направените в тях правни изводи - относно чл. 79, ал. 1 ЗОП, са неотнормими към настоящия спор.

Съдът намира, че оспореният административен акт в частта му по т. 5 е валиден, издаден в предписаната от закона форма, при спазване на съществените административно производствени правила, но е постановен в нарушение на материалния закон и целта на закона, поради което следва да бъде отменен в тази му част.

При този изход на делото и на основание чл. 143, ал. 1 АПК жалбоподателят има право на разноски. Съгласно тази разпоредба, когато съдът отмени обжалвания административен акт, държавните такси, разноските по производството и възнаграждението за един адвокат, ако жалбоподателят е имал такъв, се възстановяват от бюджета на органа, издал отменения акт. На жалбоподателя трябва да се присъдят заплатената от него пропорционална държавна такса в размер на 1275 лева и адвокатско възнаграждение в размер на 650 лева. Адвокатското възнаграждение е реално заплатено, като по делото е приложено копие на бюджетно платежно нареждане в размер на тази сума, до ТБ „И.“ (л. 177 от делото). Изпълнени са условията за присъждане на разноски, разяснени в тълкувателната практика на ВКС. Само когато е доказано извършването на разноски в съответното производство, те подлежат на присъждане, като тяхното доказване е относимо към основателността на искането. В този смисъл е и Тълкувателно решение № 6/2012 г. от 6.11.2013 г., ОСГТК на ВКС, т. д. 6/2012 г., приложимо субсидиарно и за разноските в административните производства. Направеното от страна на ответника възражение за прекомерност на разноските за възнаграждение за адвокат е неоснователно.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 1 и, ал. 2 от АПК съдът

#### РЕШИ:

ОТМЕНЯ по жалба на Областна дирекция по безопасност на храните (ОДБХ) – С. – град точка 5 от Решение № ФК-2022-317 от 19.04.2022 г., издадено от директор на дирекция "Добро управление" - Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Добро управление" (ОПДУ) [населено място], с което е определена финансова корекция в размер на 100% върху допустимите разходи.

ОСЪЖДА Министерския съвет на Република България [населено място] да заплати на Областна дирекция по безопасност на храните (ОДБХ) – С. – град, БУЛСТАТ:176986760, разноски в размер на 1275 лева държавна такса и адвокатско възнаграждение в размер на 650 лева.

РЕШЕНИЕТО може да се оспорва пред ВАС в 14-дневен срок от съобщението до страните, че е изготвено.

СЪДИЯ: