

# РЕШЕНИЕ

№ 24193

гр. София, 14.07.2025 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав, в публично заседание на 25.06.2025 г. в следния състав:**

**СЪДИЯ: Елеонора Попова**

при участието на секретаря Снежана Тодорова и при участието на прокурора Мария Ненкова, като разгледа дело номер **4595** по описа за **2025** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е в изпълнение на Решение № 4383/28.04.2025 г. постановено по административно дело № 11185/2024 г. по описа на Върховния административен съд на Република България- Седмо отделение, с което е отменено Решение № 15518 от 27.08.2024 г. по адм. дело № 2559/2023 г. Административен съд – София-град и е върнато делото за ново разглеждане от друг състав на същия съд, при спазване на указанията дадени в мотивите на решението.

АССГ е сезиран с жалба на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД (ФМФИБ), ЕИК-[ЕИК], срещу Решение № РД-02-36-204/20.02.2023 г. на Ръководителя на УО на ОПРР 2014-2020, с което е наложена финансова корекция по административен АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001 в общ размер на 284 206,76 лв., представляваща 10 % от безвъзмездната финансова помощ по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ и по Договор № ОС-04/20.09.2018 г. с изпълнител „Регионален фонд за градско развитие“ АД, както и 25 % от безвъзмездната помощ по договор № ОС-5/20.09.2018 г. с изпълнител ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“.

В жалбата, в съдебно заседание и в подробни писмени бележки жалбоподателят, чрез процесуалния си представител твърди незаконосъобразност на оспореното решение като постановено в нарушение на процесуалните правила и в противоречие с материалния закон, и с целта на закона. Оспорва се констатацията на органа, че ФМФИБ има качеството на бенефициер на безвъзмездна финансова помощ, като твърди, че не са обсъдени аргументите му, че

дружеството няма качеството на бенефициер по сключеното с УО на ОПРР Финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г. и съответно не се явява адресат на Решение №РД-02-36-204/20.02.2023 г. Твърди се, че безвъзмездната финансова помощ и финансовите инструменти представляват различни форми на финансова подкрепа и за всяка от тях е приложим различен правен режим. Излагат се подробни аргументи за липса на установените с административния акт нарушения, квалифицирани като нередности, за които са определени финансови корекции. По аргумент на чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ поддържа, че глава четвърта урежда специални правила за определяне на изпълнител от бенефициери на безвъзмездна финансова помощ и не е относима към подкрепата, предоставяна чрез финансови инструменти, а ФМФИБ има качеството „бенефициер“ по отношение на подкрепата чрез финансови инструменти, а не е бенефициер на безвъзмездна финансова помощ. Прави се искане да бъде отменено оспорваното решение. Претендират се разноси по делото, както и за предходните инстанции, въз основа на представен списък.

Ответникът- Ръководителят на УО на ОПРР 2014-2020 – в съдебно заседание оспорва жалбата и моли да бъде отхвърлена, по подробни съображения, изложени в писмено становище. Претендира юрисконсултско възнаграждение за всички производства.

Представителят на Софийска градска прокуратура изразява становище за неоснователност на жалбата.

Административен съд София-град, III отделение, 73 състав, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

Между ФМФИБ и УО на ОПРР е сключено финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г., по силата на което на ФМФИБ и възложено да управлява предоставените средства за сметка на УО на ОПРР 2014-2020, като избере финансови посредници и сключи оперативни споразумения със същите. Според финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г. като средство за преодоляване на пазарната неефективност, установена в Предварителната оценка УО възлага на Мениджъра на фонда съгласно това финансово споразумение да управлява фонд на фондовете ("ФнФ") по смисъла на чл. 2 (27) на РОПР, с предмет преодоляване на посочената пазарна неефективност чрез улесняване на достъпа на Крайните получатели до финансиране, в сътрудничество с избрани Финансови посредници, осъществяващи дейност в сферите на въздействие на оперативната програма и подобряване условията за финансиране на лицата, осъществяващи дейност в сферите на въздействие на оперативната програма, като използва един или няколко финансови инструмента. ФнФ се финансира от Европейския фонд за регионално развитие със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014-2020 ("Оперативната програма") и се съфинансира от УО със средства от държавния бюджет в общ размер възлизащ на 369 746 720.85 лева, включително 22 964 493.78 лева резерв за изпълнение. По силата на това финансово споразумение, сключено на основание: чл. 38, нар. 4, б. „б“, in) от Регламент (ЕС) №1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 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, чл. 5, ал. 2 ii 3 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове; чл. 14. ал.1, т. 7 от Закона за обществените поръчки и; Разпореждане № 3 на Министерския съвет от 22 юли 2015 г. за учредяване на еднолично акционерно дружество с

държавно участие в капитала „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД, изменено с Разпореждане № 5 на Министерския съвет от 23 септември 2015 г., УО възлага на Мениджъра на фонда, от името и за сметка на Управляващия орган да управлява предоставените по това финансово споразумение средства за финансови инструменти по Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020. посредством фонд на фондовете по смисъла на чл. 2. параграф 27 от Регламент 1303/2013. Мениджърът на фонда ще избере финансови посредници за целите на ФнФ и ще сключи оперативни споразумения с избраните финансови посредници.

С Решение № ОП-Д-81/19.10.2017 г. на изпълнителния директор на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД е открита състезателна процедура с договаряне по ЗОП с предмет: „Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие, финансиран със средства от Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020, разделена на три обособени позиции:

Обособена позиция № 1 - Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие [населено място], финансиран със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 с размер на финансовия ресурс 87 400 000 лева;

Обособена позиция № 2 - Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие Север, финансиран със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 с размер на финансовия ресурс 130 400 000 лева;

Обособена позиция № 3 - Изпълнение на финансов инструмент Фонд за градско развитие Юг, финансиран със средства по Оперативна програма "Региони в растеж" 2014 - 2020 с размер на финансовия ресурс 135 500 000 лв.

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

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

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

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

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

В Главна дирекция „Стратегическо планиране и програми за регионално развитие“(СППРР) към Министерството на регионалното развитие и благоустройството (МРРБ) е получен одитен доклад с обхват „Т. системен одит за оценка на ефективното функциониране на системите за управление и контрол на финансови инструменти по ЕСИФ, изградени в Управляващите органи на оперативните програми: „Региони в растеж“, „Иновации и конкурентоспособност“ и „Развитие на човешките ресурси“, както и във „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД“ от Изпълнителна агенция „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ИА ОСЕС), действаща като одитен орган по програмата, в който са посочени извършени от жалбоподателя нарушения.

Бенефициерът е уведомен с Писмо изх. № 99-00-6-2/04.01.2023 г., изпратено чрез ИСУН, относно регистриран сигнал за нередност, първоначалното становище на УО на ОПРР и предприетите мерки, както и за правото му да представи коментари, бележки и/или допълнителни документи, с които да мотивира искане да не се налага финансова корекция.

В законоустановения срок е постъпило възражение на бенефициера в системата ИСУН.

На 20.02.2023 г. с Решение № РД-02-36-204 на ръководителя на УО на ОПРР, на основание чл. 73, ал. 1 във връзка с чл. 69, ал. 1 и чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ на ФМФИБ са определени финансови корекции в размер на 10 % от допустимите разходи по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ по ОП № 1, в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001 и по Договор № ОС-4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие“ АД по ОП № 2 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001, и 25% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор №ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП № 3 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001, за следните нарушения:

1. Незаконосъобразен критерий за подбор- технически и професионални възможности - нарушение на чл. 63, ал. 6 във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11, б. "а" и б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Предвиден размер на финансова корекция: 10 на сто и 5 на сто.

По процедурата по ОП №1 и ОП № 3 са допуснати и отговарят на критериите за подбор по две оферти, а по ОП № 2 - една оферта, поради което размерът на финансовата корекция за нарушението е определен, както следва:

- 5% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС- 3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87 400 000 лева по ОП №1 и по Договор № ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП №3 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001;

- 10 % финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС- 4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен финансов ресурс 130 400 000 лева по ОП № 2 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001.

2. Незаконосъобразно отстранен участник по ОП № 3 - нарушение на чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 66, ал. 1 и ал. 2 ЗОП и чл. 54, ал. 8 ППЗОП, квалифицирано като нередност по т. 14 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Предвиден размер на финансова корекция: 25 на сто.

Определен размер на финансова корекция: незаконосъобразно е отстранен участник от процедурата по ОП № 3, чиято оферта е следвало да бъде разгледана, поради което размерът на финансовата корекция за нарушението е определен на 25% финансова корекция върху допустимите разходи по и Договор № ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ е размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП № 3 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001 -1.042-0001.

3. Липса на прозрачност по време на преговорите по ОП № 1 - нарушение на чл. 76, ал. 7 и ал. 10 във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 4 ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 9. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Предвиден размер на финансова корекция: 10 на сто.

Определен размер на финансова корекция: на всеки етап от преговорите по ОП №1 възложителят не е информирал писмено участниците за всички промени в оперативното споразумение, поради което размерът на финансовата корекция за нарушението е определен на 10% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87 400 000 лева по ОП № 1 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001-1.042-0001.

По делото са приети доказателствата, приобщени в адм.д. №2559/2023 г. на АССГ и адм.д. №

11185/2024 г. на ВАС, Седмо отделение.

В настоящото производство от страните не са ангажирани допълнителни доказателства.

При така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

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

Разгледана по същество, жалбата е частично основателна.

В Държавен вестник, бр. 51 от 01.07.2022 г. е обнародван Закон за изменение и допълнение на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗИД на ЗУСЕСИФ), с § 1 на който наименованието на закона се изменя на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). Съгласно § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, до приключването на програмите за програмен период 2014 – 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми. Приетите от Министерски съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г., съгласно § 71, ал. 2 от ЗИД на ЗУСЕСИФ, а съгласно § 73 законът влиза в сила от деня на обнародването му в „Държавен вестник“. Съгласно чл. 142, ал. 1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. С оглед горното, приложима към разглеждането на настоящия спор е редакцията на закона към ДВ бр. 52 от 09.06.2020 г., при посочване на новото му наименование, в сила от 01.07.2022 г.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на регионалното развитие и благоустройството, който със Заповед №РД-02-14-790/17.09.2022 г. /съдържаща се в приложението към делото/ на основание чл. 25, ал.4 от Закона за администрацията, чл. 5, ал.4 и ал.1, т. 10 от Устройствения правилник на министерството на регионалното развитие и благоустройството, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. на зам. министър на регионалното развитие и благоустройството Д. Г., подписала процесното решение. Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно чл. 5, ал.4 и чл.5, ал. 1, т.10 от Устройствения правилник на МРРБ и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕСИФ. Предвид това оспорваният административен акт е издаден от компетентен орган.

Решението на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Региони в растеж“ 2014-2020 г. е издадено и в изискуемата от закона писмена форма, като съдържа фактически и правни основания за издаването му с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания – за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския Парламент и

на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми.

Дефиницията за нередност е дадена в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза.

Нормата на 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. ФМФИБ има качеството на бенефициер по смисъла на чл. 2, т. 10 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 (в този смисъл решение по адм. дело № 7323/2023 г. на ВАС, VII отд., решение по адм.д. №10620/2024 г. на ВАС, VII отд.). Съгласно б. „б“ от посочената разпоредба организацията, която прилага финансовия инструмент, или фондът на фондове, в зависимост от случая, е бенефициер в контекста на финансовите инструменти по втора част, дял IV от посочения регламент, а съгласно чл. 2, т. 27 от същия регламент „фонд на фондове“ означава фонд, създаден с цел да се допринесе с подкрепа от програма или програми за няколко финансови инструменти, като когато финансовите инструменти се прилагат посредством фонд на фондове, организацията, прилагаща фонда, се счита за единствен бенефициер по смисъла на точка 10 на член 2. Съгласно чл. 5, ал. 1 и 2 ЗУСЕФСУ 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, който 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. Учреденото с Разпореждане № 3 от 22 юли 2015 г. на Министерския съвет еднолично акционерно дружество с държавно участие в капитала „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД има за 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 ЕФМДР в България през програмен период 2014- 2020 година, каквато е и Оперативна програма „Региони в растеж”. Безспорно е, че между УО на ОПРР и ФМФИБ е сключено финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г., в изпълнение на което дружеството е провело процедурата за възлагане на обществена поръчка, спрямо която органът е осъществил последващ контрол за законосъобразност. Съгласно 10.2 от финансовото споразумение, в случаи на установена нередност Мениджърът на фонда възстановява част от вноската, платена от УО, като финансова корекция в процент върху засегнатата от нередността вноска платена от УО или конкретна сума. При определяне на размера на финансовите корекции във връзка с отделни или системни нередности, установени по изпълнение на Финансовото споразумение, УО прилага чл. 143 от РОПР.

Съгласно чл. 37, пар. 1 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, когато се прилага настоящият дял (дял IV Финансови инструменти), управляващите органи, организациите, изпълняващи фондове на фондове и организациите, управляващи финансовите инструменти спазват приложимото право, по-специално отнасящото се за държавната помощ и обществените поръчки. ФМФИБ има качеството на „публичноправна организация” по смисъла на § 2, т. 43 от Допълнителните разпоредби на ЗОП и на основание чл. 5, ал. 1, т. 14 ЗОП представляващото я лице има качеството на публичен възложител на обществени поръчки. Доколкото в случая жалбоподателят участва като бенефициер в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице, а възраженията на жалбоподателя в тази връзка се явяват несъстоятелни.

В контекста на сочените в административния акт правни основания административният орган правилно се е позовал на основанията по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ за определяне на финансова корекция. Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9 на същия член са посочени в нормативен акт на Министерския съвет. В случая, безвъзмездната финансова помощ е предоставена чрез ОП „Региони в растеж“ 2014-2020, поради което приложима по отношение на нея е Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ.

Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват: случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските

структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ). Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1. Според приложение 1, нарушенията, за които се налагат финансови корекции, са свързани с неспазване на основните принципи при възлагане на обществени поръчки, като публичност и прозрачност, свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Видно от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, нарушенията са групирани в три категории – такива, свързани с обявлението за възлагане на обществена поръчка и документация за участие/публична покана, оценяването на предложенията и изпълнението на договора.

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

Конкретно трябва да се извърши проверка, дали е налице всяко от сочените от УО на ОПРР нарушения, наличието на причинна връзка между извършеното нарушение и настъпването на вредата, респ. такава вреда, която би могла да настъпи. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция, необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на "нередност" по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция.

1. По отношение на „Незаконосъобразен критерий за подбор-технически и професионални възможности“ - нарушение на чл. 63, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 59, ал. 2 и чл. 2, ал. 2 от ЗОП, представляващо нередност по т.11, б. „а“ и б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, съдът приема следното:

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



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

Съгласно чл. 63, ал. 6 от ЗОП към критериите за подбор не могат да се включват условия и изисквания, които са свързани с изпълнението само на обществени поръчки, или с изпълнението на конкретно посочени програми или проекти, или с конкретизирането на източници на финансиране, или на определен брой изпълнени договори с конкретно посочване на предмета им.

В случая от страна на РУО е констатирано, че в раздел III. 1.3 „Технически и професионални възможности“ от обявлението и в т. 3.2.2 от раздел III от документацията за поръчката, възложителят е поставил следния критерий за подбор към участниците: за последните пет години от датата на подаване на заявлението участникът да е предоставил кредити (и/или финансов лизинг, ако е приложимо) на юридически или физически лица, или общини, или търговски дружества с общинско или държавно участие в капитала или държавни/общински предприятия по гаранционни схеми и/или схеми за финансиране със споделяне на риска, идентични или сходни с предмета на обществената поръчка, в размер на минимум (една втора) от размера на обособената позиция, за която кандидатът подава заявление за участие. Под „идентични или сходни с предмета на обществената поръчка“ се разбират гаранционни схеми и/или схеми за финансиране със споделяне на риска и/или други финансови инструменти за предоставяне на заеми и/или гаранции на физически или юридически лица, финансирани от публични или Финансови институции със средства предоставени от ЕС.

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

Тезата на жалбоподателя е, че използваният израз „средства от ЕС“ има характер на сборно понятие, което категорично не е равнозначно на конкретизиране на източник на финансиране. Т.е. поставеното изискване е пряко свързано с предмета на обществената поръчка и е продиктувано от необходимостта, участниците да познават спецификите при разходване на средства от Европейския съюз. Като допълнителен аргумент се изтъква и факта, че гаранционният механизъм по финансовия инструмент ФГР не съставлява банкова гаранция по смисъла на

Търговския закон и към същия не са директно приложими Еднообразните правила за гаранциите, платими при поискване, които са правила, изработени от Международната търговска камара в П.. Оспорва се и квалификацията на нередността. Според жалбоподателя УО е допуснал смесване на двете възможни хипотези на нередност - по т.11, б."а" и по т. 11, б. „б", доколкото е недопустимо подвеждането на едно и също действие под два състава на нарушение, като в единия случай, УО счита, че в рамките на проведената една обществена поръчка са приложени, от една страна- ограничаващи условия без дискриминация, а от друга страна- е налице дискриминация при 2-ма и повече участници.

За да се произнесе съдът съобрази, че в конкретния казус, спецификата на дейностите, предмет на поръчката, не е обусловена от източника на финансиране. С процесната процедура Възложителят цели да избере финансови посредници (ФП), които да изпълнят финансов инструмент "Фонд за градско развитие" (ФИ ФГР), финансиран със средства от Оперативна програма „Региони в растеж" 2014- 2020 г. Средствата по ФИ са разпределени между три ФГР, съответстващи на обособените позиции по обществената поръчка, както следва: Обособена позиция 1 - ФГР [населено място]; Обособена позиция 2 - ФГР Север; Обособена позиция 3 - ФГР Юг, с териториален обхват съгласно Техническата спецификация. ФИ цели да осигури финансиране на допустими инвестиционни проекти, които са финансово жизнеспособни, но не могат да привлекат достатъчно финансиране от пазарни източници. Финансирането, предоставено от финансовия посредник, може да бъде под формата на инвестиционен кредит, финансов лизинг, оборотен кредит, който е свързан или има допълваща роля спрямо инвестиционния кредит. ФИ ще осигури реализирането на проекти в сферата на градското развитие, енергийната ефективност за еднофамилни жилищни сгради и студентски общежития, както и за развитие на туризма, свързан с обекти на културното наследство от национално и световно значение. Допустимите крайни получатели (КП), проекти, дейности и разходи, са посочени в Техническата спецификация. Финансирането, предоставено от ФП за всеки отделен инвестиционен проект може да бъде под формата на: инвестиционен кредит, финансов лизинг, оборотен кредит, който е свързан или има допълваща роля спрямо инвестиционния кредит, предоставен от ФГР. С цел привличането на допълнително съфинансиране, се предоставя и възможност за портфейлна гаранция. В изпълнение на поръчката, финансовият посредник /ФП/ следва да създаде и управлява нов портфейл от кредити, финансиран с публични средства на ФИ и такива, осигурени от ФП и други независими частни инвеститори. ФП идентифицира допустимите КП, дейности и проекти, анализира кредитоспособността на КП, изготвя и подписва необходимата документация за финансирането, в това число придобиването на активи (в случай на финансов лизинг), извършва мониторинг и управление на вземанията, включени в портфейла, както и управление на вземанията в просрочие (принудително изпълнение;

реализация на обезпечение и т.н.), извършвани в съответствие със стандартната практика на ФП, при спазване на ограниченията, посочени в Документацията за участие и действащото законодателство.

С оглед предмета на поръчката административният орган обосновава е приел, че източникът на финансиране не е определящ относно опита на кандидатите. В този смисъл са и Насоките на Европейската комисия за държавите членки относно подбора на организациите, прилагащи финансови инструменти (2016/С 276/01), цитирани в административния акт. В т. 3.7.1.4. от тези насоки се отбелязва, че за да се гарантира избирането на най-подходящите организации за ефикасното прилагане на финансовите инструменти, трябва надлежно да се вземе под внимание опитът на организацията, на която е поверено прилагането на финансов инструмент, в прилагането на подобни финансови инструменти (не е задължително те да са със средства от ЕС) като цяло, както и експертните знания и опитът на предвидените членове на екипа (член 7, параграф 2 от Регламент (ЕС) № 480/2014. Спазването на чл. 7 от Регламент (ЕС) № 480/2014 при идентификацията, оценката и избора на подходящи финансови посредници, които да прилагат финансовите инструменти на фонда на фондовете, изрично е предвидено в т. 5 от преамбюла на посоченото по-горе финансово споразумение № РД-02-37-253/11.11.2016 г., по което ФМФИБ е страна.

Изложеното води до извод, че процесното изискване ограничава заинтересованите лица, които имат опит в изпълнението на дейности, които не са свързани с финансиране със средства от ЕС, а от друг източник. Доводите на жалбоподателя са несъстоятелни доколкото дори да не се сочи средствата от ЕС по коя програма са и за кой програмен период посоченият израз е недвусмислен, а именно че касае средства от такъв източник.

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

Описаното нарушение е с финансово влияние, като вероятността от настъпване на вреда е потенциална и достатъчна, за да обоснове наличието и на този елемент от състава на нередността. При това положение са налице всички съставомерни признаци на сочената нередност.

Досежно квалификацията на нередността, съдът намира, че цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав на нередност по т.11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, като е диференцирано, че с оглед нивото на конкуренция нарушението по ОП № 1 и 3 съставлява нередност по т. 11, „б” от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, а по ОП № 2 – по т. 11, б. „а” от същото приложение. Съответно, по процедурата по ОП №1 и ОП № 3 са допуснати и отговарят на критериите за подбор по две оферти, а по ОП № 2 - една

оферта, поради което размерът на финансовата корекция за нарушението е определен, както следва:

- 5% финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87 400 000 лева по ОП №1 и по Договор № ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП №3 в частта, финансирана с АДФФП № BG16RFOP001-1.042-0001;

- 10 % финансова корекция върху допустимите разходи по Договор № ОС-4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие“ АД с размер на предоставен финансов ресурс 130 400 000 лева по ОП № 2 в частта, финансирана с АДФФП № BG16RFOP001-1.042-0001.

С оглед изложеното, съдът намира, че жалбата е неоснователна в тази част.

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

Съгласно чл. 66, ал.1 ЗОП кандидатите и участниците посочват в заявлението или офертата подизпълнителите и дела от поръчката, който ще им възложат, ако възнамеряват да използват такива. В този случай те трябва да представят доказателство за поетите от подизпълнителите задължения. Според ал.2 подизпълнителите трябва да отговарят на съответните критерии за подбор съобразно вида и дела от поръчката, който ще изпълняват, и за тях да не са налице основания за отстраняване от процедурата.

В нормата на чл.54, ал.8 ППЗОП е регламентирано, че когато установи липса, непълнота или несъответствие на информацията, включително нередовност или фактическа грешка, или несъответствие с изискванията към личното състояние или критериите за подбор, комисията ги посочва в протокола по ал. 7 и изпраща протокола на всички кандидати или участници.

Съгласно чл.107, т.1 от ЗОП освен на основанията по чл. 54 и 55 възложителят отстранява: кандидат или участник, който не отговаря на поставените критерии за подбор или не изпълни друго условие, посочено в обявлението за обществена поръчка.

В случая от Управляващия орган е установено е, че с Решение № ОП-Д-19/19.04.2018 г. на изпълнителния директор на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД от процедурата по ОП № 3 е отстранен участникът „Регионален фонд за градско развитие“ АД, на основание чл. 107, т. 1, предл. второ от ЗОП.

В раздел „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, т. III. 1.3) „Технически и професионални възможности“ от обявлението, възложителят е

поставил следното изискване към участниците: За последните пет години от датата на подаване на заявлението да е предоставил, а крайният получател да е усвоил финансиране, под формата на кредити и финансов лизинг, за дейности, идентични или сходни с предмета на поръчката с общ брутен размер (преди провизии и след приспадане на предоставеното финансиране на свързани лица) поне 1 (един) път стойността на финансовия ресурс по съответната обособена позиция, за която кандидатът подава заявление за участие.

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

Всъщност, участникът „Регионален фонд за градско развитие“ АД е подал оферти и по трите обособени позиции, като за всяка от тях участва с подизпълнителя „Сожелис България“ ЕООД с дял в изпълнението в размер на 10 % от стойността на поръчката. Съгласно констатация 15 (относима и за трите обособени позиции) от протокол № 1/09.02.2018 г. на комисията „от подадената декларация на „Сожелис България“ ЕООД по чл. 66, ал. 1 от ЗОП не може да се установи по безспорен начин дали определеният процент (10 %) е относим към дела от портфейла, който се очаква да бъде създаден и управляван, или към дела в общото възнаграждение за управление на финансовия инструмент“. Съгласно констатация 1 (относима само за ОП № 3) от същия протокол е налице разминаване между сбора на усвоените размер на отделните лизинги, с които се доказва сходния портфейл, и посочената обща сума на портфейла от тези лизинги. В ЕЕДОП на „Сожелис България“ ЕООД подизпълнителят е приложил таблица с договорени лизинги, чийто сбор не е 9 823 793 лв., а е над 13 550.900 лв. За отстраняването на нередовността комисията е поискала да бъдат представени доказателства за коректния размер на предоставеното от „Сожелис България“ ЕООД финансиране (сходен портфейл).

В протокол № 1 на комисията не е констатирано, че представеният от „Сожелис България“ ЕООД опит в изграждане на сходен портфейл по ОП № 2 и ОП № 3 не е достатъчен за покриване на изискванията на възложителя.

В депозираните на 19.02.2018 г. от РФГР допълнителни документи относно ОП № 3 е налична нова декларация на „Сожелис България“ ЕООД по чл. 66, ал. 1 от ЗОП, съгласно която подизпълнителят ще изпълнява 10 % от стойността на портфейла, който се очаква да бъде създаден по поръчката. Наличен е и нов ЕЕДОП на „Сожелис България“ ЕООД с таблица с описани лизингови договори, чийто сбор кореспондира и е равен на посочената обща сума на портфейла - 9 823 793 лв.

Прието е, че подадените допълнителни документи не доказват, че подизпълнителят „Сожелис България“ ЕООД покрива изискването за стойността на сходния портфейл, тъй като посоченият опит е за дейности под 13,04 млн. лв. и 13,55 млн. лв. съответно за ОП № 2 и ОП № 3.

В протокол № 3 на комисията е отразено, че на 13.04.2018 г. комисията е изпратила

ново писмо до „Регионален фонд за градско развитие“ АД само относно ОП № 2 с установена нова нередовност в документите на участника „Регионален фонд за градско развитие“ АД, а именно „Посоченият размер на предоставеното от „Сожелис България“ ЕООД финансиране е по-малък от 10 % от размера на обособената позиция и от дела в поръчката, която „Сожелис България“ ЕООД се ангажира да изпълни, в качеството си на подизпълнител.“ С писмото от 13.04.2018 г., повече от месец след изтичане на петдневния срок по чл. 54, ал. 9 от ППЗОП, комисията е дала възможност на „Регионален фонд за градско развитие“ АД да избегне отстраняване поради констатирания по-горе пропуск в протокол 1, който не е по вина на кандидата. С писмото от 13.04.2018 г. комисията не е изисквала допълнителна информация по ОП № 3, въпреки че представеният от подизпълнителя опит в таблицата е лизингови договори в ЕЕДОП не покрива 10 % от финансовия ресурс и по ОП № 3.

Според Протокол № 3 на комисията, кандидатът „Регионален фонд за градско развитие“ АД с писмо от 16.04.2018 г. е потвърдил дела на „Сожелис България“ ЕООД от 10 % и е представил декларации, които допълват подадените ЕЕДОП- и за всяка от обособените позиции. Представеният опит в подадените декларации за покриване на критерия „опит в изграждане на сходен портфейл“ е за 27 810 876 лв., който е достатъчен за удовлетворяване на изискването към подизпълнителя и по трите обособени позиции, съгласно условията на обявлението. Предвид това обстоятелство, „Сожелис България“ ЕООД отговаря на критериите за подбор в съответствие с вида и дела на участието му като подизпълнител в изпълнението на поръчката, т.е. изпълнени са и изискванията на чл. 66, ал. 2 от ЗОП.

Комисията не е приела предоставените документи за относими и по ОП № 3, тъй като е счела, че допустимостта на подизпълнителя „Сожелис България“ ЕООД по ОП № 3 е била вече безспорно установена към момента на изпращане на писмото от 13.04.2018 г. и поради това в него няма изискване за предоставяне на доказателства за допълнителен опит по ОП № 3, а само по ОП № 2.

Комисията е мотивирала решението си с невъзможността чл. 54, ал. 9 от ППЗОП да се прилага многократно, докато един или повече кандидати представят нужните документи и информация, с които да докажат съответствие с поставените от възложителя критерии за подбор.

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

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

При тези данни, административният орган приема, че Комисията е предложила за отстраняване кандидата „Регионален фонд за градско развитие“ АД от ОП № 3, въпреки че е разполагала с доказателства, че подизпълнителят „Сожелис България“ ЕООД отговаря на критериите за подбор и по двете позиции. При идентични обстоятелства и еднаква получена информация, комисията е съобразила поведението си с принципите на ЗОП и е допуснала участника до оценка по ОП № 2, а по ОП № 3 е предложила същия участник за отстраняване.

Ръководителят на УО не приема възраженията на бенефициера за липса на идентичност на ситуацията по ОП 2 и ОП 3. Счита, че след като в Протокол № 1 комисията обективно не е могла да установи нередовността в офертата на отстранения участник, а на по-късен етап, след изясняване на информацията, е следвало да го уведоми и да му предостави възможност да я коригира. С липсата на такива действия комисията е лишила кандидата от възможност да поправи допуснатия от него пропуск на този етап от процедурата.

Предвид горното ръководителят на УО на ОПРР приема, че участникът „Регионален фонд за градско развитие“ АД е отстранен незаконосъобразно от процедурата по ОП № 3- в нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП.

Настоящият съдебен състав приема, че крайният извод на административния орган за допуснатото нарушение на чл. 107, т. 1 ЗОП е правилен. По делото не се спори, че с първото писмо комисията е дала указания по всички ОП относно начина на изчисление на стойностите по процесния критерий за подбор. Със същото писмо са дадени указания по ОП № 3 за несъответствие между единичните стойности на кредитите и техния сбор, без обаче да бъде направено пояснение, че декларираният от подизпълнителя сбор не отговаря на процесния критерий за подбор.

Съдът намира за нужно да отбележи, че основателно бенефициерът възразява, че първоначално е бил препятстван да установи несъответствието, защото не е имал база за изчисление. След като е уточнена обаче базата и останалите параметри за изчисление, комисията незаконосъобразно е лишила кандидата от възможността да се приведе в съответствие. В тази връзка трябва да се подчертае, че целта на чл. 54, ал. 8 ППЗОП е не само да се отстрани евентуално несъответствие в декларираната информация, включващо фактическа грешка, а и евентуално несъответствие с критериите за подбор. Видно от съдържанието на горната разпоредба пропуските относно предоставената информация са изброени алтернативно – използван е съюзът „или“. Принципно правилно е становището на бенефициера, че нормата на чл. 54, ал. 8 ППЗОП не допуска многократно даване на указания за отстраняване на един и същ пропуск от кандидата. В случая обаче указанието на комисията не е

било пълно, тъй като в него липсва констатация, че декларираният сбор от кредити не покрива изискуемия минимален праг на сходния портфейл по ОП № 3. Дори да се приеме, че комисията е била препятствана да извърши такава преценка, то тогава е следвало да даде второ указание, както е направила по ОП № 2. Ако комисията по обективни причини или пропуск в работата си не е дала пълни указания, след това трябва да повтори процедурата. Тук не става въпрос за многократно даване на указания с един и същ предмет. Априори, за да бъде законосъобразно отстраняването на участника, следва да бъде безспорно установено, че същият не отговаря на определените критерии за допустимост, което в случая не е направено. Изложеното до тук сочи, че е налице е съставомерност на вмененото на субекта нарушение и същото се квалифицира като „нередност“: нарушението произтича от действието на бенефициента- Възложител; нарушени са конкретни разпоредби на националното законодателство: чл. 107, т. 1 във връзка с чл. 66, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП и чл. 54, ал. 8 от ППЗОП; нарушението има финансово отражение- нанесена е вреда на средства от ЕСИФ при неспазване принципите на ЗОП, като чрез наличието на посоченото нарушение, е отстранен участник, чиято оферта отговаря на изискванията на възложителя. Това е довело до неравно третиране /намаляване на конкуренцията при възлагане на поръчката и следователно до невъзможност за избор на икономически най- изгодната оферта.

Съдът намира, че законосъобразно нарушението е квалифицирано като нередност по т. 14 „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно. Критериите за подбор или техническите спецификации са променени или са неправилно приложени в хода на процедурата, в резултат на което: отстранен е кандидат или участник, чиято оферта е трябвало да бъде допусната до разглеждане на техническото предложение, ако публикуваните критерии за подбор или техническите спецификации са били спазени.“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ. приета е ПМС № 57 от 28 март 2017 г. Съответно, правилно е определен размера на финансовата корекция- 25% върху допустимите разходи по Договор № ОС-5/20.09.2018 г. с ДЗЗД “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 135 500 000 лева по ОП № 3 в частта, финансирана с АДБФП № BG16RFOP001 -1.042-0001. Изводимо от изложеното, жалбата е неоснователна и в тази част.

3. По отношение на „Липса на прозрачност по време на преговорите по ОП № 1“ - нарушение на чл. 76, ал. 7 и ал. 10 от ЗОП във връзка с чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 4 от ЗОП, представляващо нередност по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, съдът приема следното:

Съгласно чл. 76, ал. 7 от ЗОП, възложителят провежда преговори с участниците за



подобряване съдържанието на първоначалните и последващите оферти. Според ал. 10 на същата разпоредба, на всеки етап от преговорите възложителят информира писмено участниците в него за всички промени в техническата спецификация или в друг документ от документацията, когато е допустимо. Възложителят предоставя на участниците достатъчно време за отразяване на промени в офертите и представянето им.

Констатирано е от РУО, че на 02.05.2018 г. Възложителят е изпратил до допуснатите участници покани за подаване на първоначални оферти до кандидатите. По обособена позиция № 1 са получени две оферти и са проведени преговори с двама участника в процедурата в периода 18.06.2018 г. - 20.06.2018 г. Поканата за подаване на окончателните оферти е изпратена на участниците по обособена позиция № 1 на 09.07.2018 г. с краен срок за получаването им - 23.07.2018 г. Протоколите от проведените преговори с участниците са публикувани в профила на купувача на 14.08.2018 г., т.е. след крайния срок за получаване на окончателните оферти.

В процеса на преговорите по ОП № 1 са приети различни предложения за промяна на клаузи от проекта на оперативното споразумение. Промените засягат срокове за действие, дефиниции на ключови понятия, отговорност, задължения на изпълнителя, санкциите при неизпълнение на междинните цели и др. По този начин по време на преговорите са изменени съществени елементи от проекта на споразумението. Според административния орган с всеки участник в преговорите е възприет различен проект на оперативное споразумение, който не е бил достъпен за останалите участници. В резултат на проведените преговори за една и съща обособена позиция са договорени различни срокове за изпълнение, различни моменти на настъпване на определени събития, различни определения по отделни клаузи и т.н. Вследствие на това възложителят е създал условия за нарушение на принципа на равнопоставеност. Възложителят не е информирал писмено участниците за всички промени в техническата спецификация или в друг документ от документацията на всеки етап от преговорите. Според РУО за всеки от участниците по обособена позиция № 1 постигнатите с другия участник договорености се явяват допълнителна информация, която му е необходима при изготвянето на окончателната оферта за изпълнение на поръчката. Липсата на предоставяне на тази допълнителна информация от страна на възложителя е лишила участниците от възможността за отразяване на промените в офертите си.

Нарушението е квалифицирано като нередност по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности „Липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация.“ Предвиден и наложен размер на финансова корекция: 10 на сто.

Настоящият съдебен състав приема, че незаконосъобразно РУО е достигнал до извода, че установените факти се субсумират под хипотезата на нередност по т. 9.3

от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности. Посочената нередност има отношение към етапа от процедурата, свързан с нейното откриване и публикуване на информация по съответния ред. Съгласно даденото от законодателя описание на нередността, същата се отнася към липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация. Освен това, изпълнителните деяния на нарушението, което съставлява посочената нередност, изискват възложителят да не е изпълнил императивните си задължения за публикуване или предоставяне на разяснения/допълнителна информация, които се отнасят до критериите за подбор или критериите за възлагане на поръчката. Съгласно чл. 59 и сл. ЗОП критериите за подбор са тези изисквания на възложителя, които се отнасят до годността (правоспособността) за упражняване на професионална дейност от участниците (респ. кандидатите), икономическото и финансовото им състояние и/или техническите и професионалните им способности, с които се цели установяване на възможността на участниците да изпълнят поръчката и на които същите следва да докажат, че отговарят, за да им бъде евентуално възложено изпълнението на поръчката вследствие проведената процедура при състезателни условия. Критериите за възлагане също са изчерпателно посочени в чл. 70, ал. 2 ЗОП и имат за цел да определят икономически най-изгодната за възложителя оферта. Както критериите за подбор, така и критерият за възлагане (доколкото икономически най- изгодната оферта може да се определи само въз основа на един от три възможни) се посочват при откриването на процедурата. Критериите за подбор и критерият за възлагане не подлежат на обсъждане в хода на провеждани между възложителя и участниците преговори. Доколкото сочените от органа факти и обстоятелства не се отнасят нито до посочените от възложителя в обявлението критерии за подбор, нито до критерия за възлагане на обществената поръчка, а до извършени в хода на провежданите преговори промени в документацията за обществената поръчка, за които същият не е информирал участниците, то не са изпълнени предпоставките от хипотезата на правната норма, очертаваща състава на нередността по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Предвид неблагоприятния характер на актовете за финансова корекция правно основание за издаването им не могат да бъдат разпоредби, приложени по аналогия, нито е допустимо предвидените от законодателя основания за финансови корекции да се тълкуват разширително (в този смисъл Решение № 10026 от 24.10.2023 г. по адм. дело № 7323/2023 г. на ВАС, VII о., Решение № 13236 от 23.12.2021 г. по адм. дело № 7996/2021 г. на ВАС, VII о., Решение № 3145 от 04.04.2022 г. по адм. дело № 10632/2021 г. на ВАС, VII о.). По изложените съображения не е налице сочената от органа нередност, което прави безпредметно обсъждането на въпроса дали органът правилно е посочил нарушените разпоредби на ЗОП. С оглед изложеното, жалбата е основателна досежно нарушението по т.3.

Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, когато са установени две или повече нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 с. з., се определя една финансова корекция за всички нередности, които засягат един и същ допустим разход. Размерът на дължимата от бенефициера финансова корекция е равен на размера на най- високия процентен показател, приложен за определяне на размера на финансовата корекция за всяка от нередностите, установени с акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ. Това законодателно решение сочи, че в акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ визира. Установяването на нередност сама по себе си няма разпоредително действие, без да е определен (определяем) размерът на финансовата корекция, т. е. не може да възникне задължение за нея. Ето защо и законодателят изрично сочи в разпоредбата на чл. 14, ал. 3 НАНЕСИФ, че решението за определяне на финансова корекция се счита за първа писмена оценка по смисъла на ал. 1, когато съдържа всички нейни изискуеми реквизити, т. е. установява наличието на нередност. След определяне на размера на финансовата корекция за всяка от установените нередности и преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, органът разпорежда определянето на една финансова корекция, която се явява ликвидното - определено по основание и по размер, задължение, което се възлага на бенефициера с решението по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ.

С оглед на този характер на акта по чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ в хипотезата на приложимост на правилото на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, тогава, когато съдът установи, че не е осъществена някоя от нередностите, за които е индивидуализирана по основание и размер финансова корекция, и за същата не е определен най- високия приложим процентен показател, не следва с нарочен диспозитив да отменя акта в установителната част за тази нередност. Това е така и когато за нередността, за която съдът приема, че не е установена, съответно не би могла да съставлява основание за определяне на финансова корекция, органът е определил процентен показател, равен на най- високия приложим процентен показател на корекцията, при приложение на правилото на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, съответно чл. 7 Наредбата за посочване на нередности. Поради декларативния си характер, частта от решението, в която са изложени фактическите установявания на органа, подведени под хипотезата на сочената за нарушена от него правна норма, представлява само мотиви на административния акт, а те не могат да бъдат отменени. Или, казано с други думи, за акта не следват никакви последици, освен констатация, че не е налице едно от основанията, мотивирали издаването му. Обратното, при установени повече от една нередност, за които са индивидуализирани по основание и размер финансови корекции, съответно органът е определил процентен показател на корекцията, равен на най-високия приложим

такъв на основание чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ, когато съдът установи, че не е налице нередността, за която е определен най- високият процентен показател на корекцията, но е налице нередност, за която е индивидуализиран по- нисък процентен показател, то следва да отмени акта в частта на корекцията над размера, определен за нередността, която е прието, че е установена, до определения размер на корекцията, съответен на най- високия процентен показател на корекцията за нередността, която не е установена.

В настоящия случай е налице индивидуално определена корекция по отношение на установената в т. 1. 1. от решението на РУО нередност и е определена финансова корекция от 5% от допустимите разходи по Договор № ОС-3/20.09.2018 г. с ДЗЗД “Фонд за устойчиви градове“ с размер на предоставен финансов ресурс 87400000лв по ОП №1, в частта финансирана с АДБФП № BG16RFOPPO1-1.042-0001.

Същите разходи /по горепосочения договор/ са засегнати и от нередност, квалифицирана от органа по т. 9. 3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 Наредбата за посочване на нередности, с посочен процентен показател на корекцията- 10 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ.

Съдът е обвързан от посочената правна квалификация и няма правомощието да дава собствена такава, нито би могъл да поправи допуснатата от органа грешка в изписването на правната квалификация, защото по този начин би променил целта, която преследва издателят на акта с неговото постановяване, което е недопустимо. Когато посочените в акта правни норми са неотнормирани към установените факти, както е в случая, описан по- горе, оспорения акт подлежи на отмяна на основание чл. 146, т. 3 АПК. Следователно, при действието на чл. 72, ал. 4 ЗУСЕФСУ и след като настоящия съдебен състав приема ,че нарушението по чл. 76, ал. 7 и ал. 10 от ЗОП не се субсимира в хипотезата на т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, следва да се направи извод, че оспореното решение в частта на определената финансова корекция над 5% до 10%, досежно разходите по Договор № ОС- 3/20.09.2018г с ДЗЗД “Фонд за устойчиви градове“ по ОП №1 е незаконосъобразно и следва да се отмени в тази му част.

Предвид изложеното по- горе, съдът намира, че следва да отхвърли жалбата срещу оспорвания акт в останалата част, с която е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № ОС – 3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ по ОП № 1; в размер на 10 % върху допустимите разходи по Договор № ОС–4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие“ АД по ОП № 2 и в размер на 25 % върху допустимите разходи по Договор № ОС–5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове“ ОП № 3.

Предвид изхода на делото искането на ответника за присъждане на разноски следва да бъде уважено, като на основание чл.143, ал.1 от АПК, в тежест на жалбоподателя

следва да бъде възложено заплащането на юрисконсултско възнаграждение в размер на по 200 лева за всяка инстанция или общо 600 лева, съгласно чл. 25 от Наредбата за заплащането на правната помощ във връзка с чл.78, ал.8 от ГПК и чл.37 от Закона за правната помощ. На жалбоподателя с оглед уважената част, следва да бъде присъдено юрисконсултско възнаграждение в размер на по 100 лева за всяка инстанция или общо 300 лева.

*Мотивиран от горното и на основание чл.172, ал.2 АПК, АССГ, 73- ти състав,*

## **Р Е Ш И:**

**ОТМЕНЯ** по жалба на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД (ФМФИБ), ЕИК-[ЕИК], Решение № РД-02-36-204/20.02.2023 г. на ръководителя на УО на ОПРР за определяне на финансова корекция на ФМФИБ в частта, с която е определена финансова корекция над 5 % до 10 % върху разходите по договор № ОС–3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове” по обособена позиция (ОП) № 1 за установена нередност по т. 9.3 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 Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление, за допуснатото нарушение на чл. 76, ал.7 и ал. 10 ЗОП във вр. чл. 2, ал. 1, т. 1 и 4 ЗОП.

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД (ФМФИБ), ЕИК-[ЕИК], срещу Решение № РД-02-36-204/20.02.2023 г. на ръководителя на УО на ОПРР за определяне на финансова корекция на ФМФИБ в останалата част, с която е определена финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите разходи по Договор № ОС – 3/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове” по ОП № 1; в размер на 10 % върху допустимите разходи по Договор № ОС–4/20.09.2018 г. с „Регионален фонд за градско развитие” АД по ОП № 2 и в размер на 25 % върху допустимите разходи по Договор № ОС–5/20.09.2018 г. с ДЗЗД „Фонд за устойчиви градове” ОП № 3.

**ОСЪЖДА** „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД (ФМФИБ), ЕИК-[ЕИК], да заплати на Министерство на регионалното развитие и благоустройството, сумата в общ размер на 600 лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

**ОСЪЖДА** Министерство на регионалното развитие и благоустройството, да заплати на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД (ФМФИБ), ЕИК-[ЕИК], сумата в общ размер на 300 лева, представляваща юрисконсултско възнаграждение.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховния

административен съд на Република България, в 14- дневен срок от съобщаването му на страните.