

РЕШЕНИЕ

№ 2438

гр. София, 13.04.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 66 състав,
в публично заседание на 25.01.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елка Атанасова

при участието на секретаря Албена Илиева, като разгледа дело номер **9499** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл.145 и сл. от АПК във вр. с чл.73 ал.4 и чл.27 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на [фирма] [населено място], срещу Решение № РД-11-1132/03.09.2021г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер 9240 лв., съставляваща 100 % от финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ по договор № BG16RFOP002-2.002-0519-C01/SU-01OT 08.06.2017г.. за закупуване на хардуерно оборудване с изпълнител [фирма].

Жалбоподателят оспорва решението с доводи за неправилност, необоснованост и незаконосъобразност и иска отмяната му. Конкретно твърди, че описаната в решението фактическа обстановка не обосновава извод за наличие на хипотеза на конфликт на интереси, като липсват елементите от фактическия състав по чл.57 от Регламент 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета. Твърди, че липсват доказателства за сочения конфликт на интереси между И. И. К., притежаващ дял от 3,33 % от капитала на дружеството [фирма] и [фирма], независимо от установяванията, че И. И. К. има сключени два граждански договора със [фирма] за м.май и м.юни 2017г. Поддържа се липсата на договорна и стопанска връзка между [фирма] и [фирма] към датата на обявяване на процедурата за избор на изпълнител (01.06.2017г.), както и към датата на подаване на оферта за участие в процедурата. Оспорва се наличието на нередност по смисъла на Регламент (ЕС) 1303/2013г. Твърди

се, че е допуснато нарушение на изискванията за форма на административния акт, доколкото в оспореното решение липсва каквото и да било описание на фактичката обстановка, в рамките на която е установено извършеното нарушение. Сочи се, че в решението на ръководителя на УО не е изведена конкретната хипотеза на „свързаност“, при наличието на 9 отделни хипотези в параграф 1 от ДР на Търговския закон. Поддържа се инцидентен характер на отношенията между И. И. К. и [фирма], като се отрича достоверността и обосноваването на извода в решението на ръководителя на УО за наличието на общ икономически и бизнес интерес както между И. И. и [фирма], така и между [фирма] и дружеството жалбоподател. Посочва се, че жалбоподателя [фирма] и И. И. К. са различни правни субекти и от това различие се определя липсата на свързаност между [фирма] и избрания за изпълнител [фирма]. Цитира се съдебна практика на СЕС по отношение на понятието „конфликт на интереси“ – решение по дело *Fabricom* (т.114, т.33 и т.36), решение на Съда от 19.05.2009г. по дело *Assitur C-538/07г.*, (т.26-30), решение на Съда от 23.12.2009г. по дело *Serrantoni I Consorzio stabile edili C-376/08* (Т.39 И Т.40) относно понятието конфликт на интереси, както и по дело Т-403/12 и по дело Т-415/10 относно обективния характер на понятието конфликт на интереси и установяването му в действителност във всеки конкретен случай, като наличието на вероятност от конфликт на интереси не може да бъде достатъчна за изключването на оферент от процедурата. В заключение са развити доводи и за липса на вреда, отразяваща се финансово на бюджета на ЕС , непосочването ѝ в решението като размер , както и необосноваване на начина, по който е определен размера на корекцията, вкл. и несъответствие на нарушението с цитираната норма от т.1 от Приложение 2 към Наредбата за посочване на нередности.

В проведеното открито съдебно заседание жалбоподателят се представлява от адв.М., която поддържа жалбата. В представено в съдебното заседание писмено възражение, навежда доводи и за нищожност на оспорения акт, поради липса на компетентност на издателя му. Претендира разности, по представен списък.

Ответникът, редовно призован в съдебно заседание, чрез процесуалния си представител – служител с юридическо образование М., оспорва жалбата и моли същата да бъде отхвърлена. С оглед изхода на спора претендира юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител за участие в производството. Административен съд София - град след като обсъди доводите на страните и прецени представените по делото доказателства, приема за установено от фактическа страна следното:

[фирма] [населено място], ЕИК[ЕИК] е вписано в Търговския регистър на 21.11.2011г. със собственици Н. И. К. с дял от 66.67 % и В. Й. Ш. с дял от 33,33 % . Като управител на дружеството е вписан И. И. К..

На 22.03.2013г. И. И. К. придобил от В. Й. Ш. 3,33 % от капитала на дружеството, като към 31.07.2013г, вследствие прехвърляне на дружествените дялове от В. Й. Ш., собственици на дружеството са Н. И. К. и И. И. К. – последният с дял от 3,33 %.

На 27.08.2013г. в ТР е вписана нова промяна в собствеността на дружеството, съгласно която съдружници са Н. И. К. и В. Ш. – последният с дял от 3,33 % . Управител на дружеството е И. И. К..

На 09.03.2016г. е вписана нова промяна в собствеността на дружеството, вследствие прехвърляне на дружествения дял на В. Ш. на И. И. К., който е придобил 3,33 %.

Останалите 96,67 % са собственост на Н. И. К.. На същата дата като управител на дружеството е вписан Н. И. К.. На 11.12.2019г. И. И. К. е прехвърлил дружествения си дял от 3,33 % на В. Й. Ш.. По делото не е спорно, че Н. И. К. и И. И. К. са братя. Родствените връзки между двамата се установяват и от информацията, предоставена от НБД „Население“ (л.125).

Не спори между страните и че дружеството – жалбоподател е бенефициент по Административен договор за безвъзмездна финансова помощ (АДФП) № BG16RFOP002-2.002-0519-C01, сключен на 13.03.2017 г. АДФП е подписан от Н. И. К., в качеството му на представляващ [фирма]. Предоставената БФП е за изпълнението на проект с наименование „Развитие на управленския капацитет и растеж на [фирма]“, със срок за изпълнение е 14 месеца, т.е. до 13.05.2018г.. Окончателно плащане по проекта е извършено на 10.08.2018г.

В изпълнение на Дейност 2 от проекта - „Дейности за насърчаване използването на информационни и комуникационни технологии и услуги чрез закупуване на ново оборудване, необходимо за функционирането на ИКТ базирания софтуер" и с цел осигуряването на собствен сървър, който да отразява адекватно броя и вида на задачите и приложенията, които ще се обслужват в него, както и броя на потребителите (клиентите), които трябва да имат достъп до него, дружеството е следвало да организира закупуването на сървърна конфигурация с определени спецификации, отговарящи на системните изисквания на интегрираната система (софтуер) за управление на бизнес процесите в предприятието за единна база данни и обем на обработка на информация.

В изпълнение на предвиденото по дейност 2 от проекта, бенефициентът [фирма], е провел процедура за избор на изпълнител, като е публикувал публично съобщение за набиране на ценови предложения по реда на чл. 2, ал. 7 от ПМС № 160 от 01.07.2016 г. Съобразно разпоредбата, когато бенефициентът избира изпълнител, без да провежда процедура по чл. 1, ал. 1, той публикува съобщение за набиране на ценови предложения в Информационната система за управление и наблюдение на средствата от ЕС в България 2020 (ИСУН), като едновременно с това се извършва и служебна публикация на Единния информационен портал. Съобщението съдържа описание на услугата, доставката или строителството, за което бенефициентът заявява интерес, прогнозна стойност и срок за подаване на ценовите предложения.

Прогнозната стойност на процедурата е била 15 000 лв. без ДДС. Публичното съобщение за набиране на ценови предложения е публикувано на 01.06.2017 г., със срок на подаване на оферти до 05.06.2017 г. По процедурата са постъпили три оферти

- от [фирма] с предложена цена 14 599,00 лв. без ДДС,
- от [фирма] с предложена цена 15 496,25 лв. без ДДС и
- от [фирма] с предложена цена 13 200 лв. без ДДС.

За изпълнител е избран [фирма] и с него е сключен договор № BG16RFOP002-2.002-0519-C01/SU-01 от 08.06.2017г.

Видно от хронологията на вписванията в ТР, посочена по-горе, относно съдружниците и управителя на [фирма], за периода 01.06.2017г. – 08.06.2017г. и до 11.12.2019г. съдружник в [фирма] е И. И. К. с дял от 3,33 %. Управител на дружеството в същия период е Н. И. К., с дял от 96,67 %.

Във вр. с извършвана проверка по регистриран сигнал за нередност № 585 в регистъра за сигналите за нередности на ОПИК относно АДФП №

BG16RFOP002-2.002-0519-C01, сключен на 13.03.2017 г. с [фирма], която проверка приключила без установяване на нередност, са установени факти и обстоятелства, водещи до съмнение за друго нарушение, свързано с конфликт на интереси, при провеждане на процедурата за избор на изпълнител с публично съобщение за набиране на ценови предложения, по реда на чл.2 ал.7 от ПМС № 160 от 01.07.2016г. за доставка на хардуерно оборудване – 1 бр.сървър.

Сигнала за нередност е заведен в регистъра за сигнали за нередности под № 620. При проверката по сигнала, приключила с Доклад № 26-А-41 от 01.09.2021г. с адресат ръководителя на УО на ОПИК (л.86-93) е установено, че:

- проектно предложение № BG16RFOP002-2.002-0519 е подадено от кандидата [фирма] на 15.08.2016 г., като към него, съгласно изискванията на Условието за кандидатстване по процедура на подбор на проекти № BG16RFOP002-2.002 „Развитие на управленския капацитет и растеж на М.“, кандидатът е представил индикативна оферта за доставка на хардуерно оборудване, също от [фирма].

- тази индикативна оферта за доставка на хардуерно оборудване за нуждите на кандидатстването по процедура на подбор на проекти № BG16RFOP002-2.002 е представена на 12.08.2016 г. от [фирма] (л.137)

- проектното предложение на [фирма] е одобрено и 7 месеца по-късно, на 13.03.2017 г., с кандидата [фирма] е сключен АДФП № BG16RFOP002-2.002-0519-C01.

При проверката по сигнала за нередност е предоставена информация от НАП, съобразно която през м.05 и м. 06 на 2017 г. съдружника в [фирма] И. И. К. е бил във фактически взаимоотношения със [фирма], тъй като:

На 01.05.2017г. е сключен договор между [фирма] и И. И. К., като изпълнител (л.96 гръб), с предмет обследване на информационна инфраструктура на Министерство на правосъдието. Срока на договора е един месец или до приключване на дейностите по Проекта (който не е конкретизиран), а договореното възнаграждение е в размер на 4648,69 лв.

На 01.06.2017г. е сключен Договор № 008/2017г. (л.96) , съгласно който [фирма], като възложител, възлага на И. И. К. като изпълнител обследване на информационна инфраструктура на Министерство на правосъдието. Срока на договора е един месец или до приключване на дейностите по Проекта (който не е конкретизиран), а договореното възнаграждение е в размер на 6389,23 лв.

Установено при проверката по сигнал за нередност № 620 е, че И. И. К. е назначен на работа на постоянен трудов договор в [фирма] на 13.11.2018г. (л.86-93)

Отново във вр. с извършвана проверка по регистриран сигнал за нередност № 585 в регистъра за сигналите за нередности на ОПИК относно АДФП № BG16RFOP002-2.002-0519-C01, сключен на 13.03.2017 г. с [фирма], който приключил без установяване на нередност, са установени факти и обстоятелства, водещи до съмнение за нарушение, свързано с конфликт на интереси при провеждане на друга процедура за избор на изпълнител с публична покана с предмет "Закупуване и въвеждане на интегрирана система (софтуер) за управление на бизнес процесите в предприятието“ , по която е сключен договор с изпълнител [фирма] на 25.09.2017г. В хода на проверката по този сигнал за нередност, регистриран под № 619 (л.45-49), е установено наличието на посочените по-горе 2 бр.договори от месец май и месец юни 2017г. между И. И. К. и [фирма]. Във вр. с изпълнението на тези договори от [фирма] е подадена в НАП декларация обр.1 с код осигурен „14“ (за работещи без трудови правоотношения) за И. И. К..

Установено при проверката и по този сигнал е, че И. И. К. е назначен на работа на постоянен трудов договор в [фирма] на 13.11.2018г.

Съгласно чл. 4.1, изр. 2 от Общите условия, приложение II към АДБФП, при изпълнението му бенефициентът няма право да сключва договори с лица, с които е свързан по смисъла на параграф 1 от Допълнителните разпоредби на Търговския закон и/или са обект на конфликт на интереси.

В чл. 4.2. от Общите условия, се съдържа дефиниция на „конфликт на интереси“ съобразно която същия е налице, когато за безпристрастното и обективно изпълнение на функциите по договора на което и да е лице, може да възникне съмнение поради причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интереси или други общи интереси, които то има с друго лице, съгласно чл. 57 от Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012...". Съгласно чл. 57, параграф 2 от Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012 „...За целите на параграф 1, конфликт на интереси съществува, когато безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник или друго лице, посочено в параграф 1, е опорочено по причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интерес или всякакъв друг интерес, който е общ с този на получателя".

При тези установявания УО на ОПИК е приел наличието на нарушение на разпоредбите на чл. 4 „Конфликт на интереси и свързаност" от Общите условия към АДБФП № BG16RFOP002-2.002-0519-C01, тъй като бенефициентът не е предприел всички необходими мерки за избягване и предотвратяване на конфликт на интереси и/или свързаност по смисъла на § 1. от Допълнителните разпоредби на Търговския закон. Приел е, че за да се намира участникът в конфликт на интереси, следва твърденият конфликт да е повлиял на протичането на процедурата за избор на изпълнител на съответната дейност. Въз основа на установените факти и обстоятелства, е направил извод, че може да бъде направено обосновано предположение, че единият от съдружниците на бенефициента - И. И. К. и дружеството избрано за изпълнител - [фирма], са имали възмездни взаимоотношения, както преди, така и по време на провеждана на процедурата за избор на изпълнител на 01.06.2017 г. Това е предопределило икономически интерес за избраното за изпълнител дружество, както и личен интерес за съответния съдружник, тъй като по време на обявяването на процедурата, лицето е било във фактически възмездни взаимоотношения с избрания изпълнител по процедурата. УО е приел, че в качеството си на съдружник в [фирма], предвид информацията от НАП, за И. И. К. е налице пряк личен интерес, поради връзките с избрания изпълнител [фирма].

Приел е, че за тези отношения бенефициентът не е уведомил Управляващия орган, в изпълнение на задължението му по чл. 4.1, изр. второ от Общите условия по договора. Мотивирал е, че нетрудовите възнаграждения, изплатени на И. И. К. са допринесли за интереса на [фирма] към процедурата, с оглед на финансовите интереси на дружеството, както и че съдружникът участва в управлението на дружеството, съгласно дружествения договор на [фирма], като по силата на чл. 14 от дружествения договор (съотносима редакция - дружествен договор от 20.03.2012 г.),

същият има възможност да оказва влияние при взимането на решения, включително избора на изпълнител, по причини свързани с икономически или друг интерес, които влизат в хипотезата на конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламента.

За констатациите си от проверката по регистрирания сигнал за нередност № 620 представляващи основание за започване на процедура по определяне на финансова корекция, ответникът е уведомил жалбоподателя с писмо № 26-А-41/20.07.2021г. (л.111-115), като му е предоставил двуседмичен срок за възражения. Жалбоподателят е упражнил правото си на възражения и е представил възраженията си чрез ИСУН на 03.08.2021г. (93 гръб и следв. до л.95). Във възражението си е посочил, че съобразно минималното дялово участие на И. И. К. и действащия дружествен договор, доколкото Общото събрание взема решенията си с мнозинство повече от 60 % от капитала, съдружника И. К. не може да повлияе при вземането на решения относно управлението на дружеството., същият не е бил и част от оценителната комисия при провеждането на процедурата за избор на изпълнител.

Възражението на дружеството е оценено като неоснователно и на 03.09.2021г. е издадено оспореното в настоящето производство Решение № РД-11-1132 на Ръководителя на УО на ОПИК, с което на жалбоподателя е определена финансова корекция в размер 9240 лв., съставляваща 100 % от финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ по договор № BG16RFOP002-2.002-0519-C01/SU-01OT 08.06.2017г.. за закупуване на хардуерно оборудване с изпълнител [фирма].

В съдебното производство са приети като доказателства представените с административната преписка. Доказателства от страна на жалбоподателя не са представени.

При изложената фактическа обстановка съдът формира следните правни изводи:

Жалбата е подадена в предвидения срок от надлежна страна, адресат на оспорения административен акт, поради което е процесуално допустима.

Разгледана по същество жалбата е основателна.

Съгласно чл.73, ал.1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл.9, ал.5, изр.ІІ от ЗУСЕСИФ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице.

Решението за налагане на финансова корекция, законосъобразността на

което е предмет на оспорване по настоящото производство, е издадено от И. М. – заместник министър на икономиката и ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020. Със Заповед № РД-16-685/17.05.2021 г. (л.44), издадена от К. П., в качеството му на министър на икономиката, на основание чл.25 ал.4 от Закона за администрацията и чл.9 ал.5 изр.2 от ЗУСЕСИФ, И. М., зам.министър на икономиката, е определена за лице, което да изпълнява функциите на ръководител на Управляващия орган по приоритетни оси 1, 2 и 3 на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2-14-2020 (ОПИК 2014-2020).

В тази връзка съдът намира за неоснователно възражението на жалбоподателя за нищожност на оспореното решение, тъй като Указ № 129 от 10.05.2021г. (обн., ДВ, бр.39 от 12.05.2021г.) на президента на Република България в частта, с която за служебен министър на икономиката е назначен К. П. П., е обявен за противоконституционен с решение на Конституционния съд, следователно издадената от него Заповед № РД-16-685/17.05.2021 г. е невалидна, негодна и не може да произведе правни последици.

Съдът отбелязва, че обстоятелството, че с Решение № 16/27.10.2021г. (обн., ДВ, бр.93 от 9.11.2021 г.) по дело № 18/2021г. на Конституционния съд на Република България е обявен за противоконституционен Указ № 129 от 10.05.2021г. (обн., ДВ, бр.39 от 12.05.2021г.) на президента на Република България в частта, с която за служебен министър на икономиката е назначен К. П. П., не обосновава липса на компетентност на издателя на оспореното решение. Това е така, защото съгласно принципа, прогласен в чл.151, ал. 2 на Конституцията, обезсилването на противоконституционния акт важи занапред. В периода от издаване на противоконституционния акт до неговото обезсилване той действа и се прилага. Поради това, всички действия извършени въз основа и по силата на правомощия, произтичащи от обявления за противоконституционен акт, както и издадени въз основа на него, остават в сила. Те не могат да бъдат атакувани след решението на Конституционния съд с довод, че противоречат на Конституцията. Запазват своята валидност и всички правни сделки, основани на противоконституционния акт (закон, указ или др.), независимо от това, дали са едностранни, двустранни или многостранни. Не е възможно преквалифициране на приключени правоотношения, възниквали въз основа на прилагане на противоконституционния акт.

Съобразно мотивите на Решение № 3/28.04.2020г. на Конституционния съд, обявяването на противоконституционност, в частност невалидност

„на ненормативен правен акт, има действие към минал момент само по отношение на преките последици на обявения за противоконституционен акт, и не засяга останалите правни последици, настъпили след приемането му, които произтичат от други закони. Последните не са правни последици на обявения за противоконституционен ненормативен правен акт и поради това не се обхващат от действието назад във времето на решението за противоконституционност“. За периода на назначението си /овластяване в противоречие с Конституцията/, служебният министър на икономиката е упражнявал нередовна власт, но е извършвал действия в рамките на обективната компетентност за този орган, съгласно специалните закони и нормативни актове, определящи обективната компетентност на органа, поради което и при спазване на принципа за непрекъснатост на държавната власт, противоконституционното назначение на този орган, не касае липсата на компетентност, като основание за нищожност по смисъла на АПК, за издаваните от него индивидуални административни актове, вкл. и в настоящия случай, доколкото те не са пряка и непосредствена последица от оспорения акт и по отношение на тях, не е налице обратно действие на решението на Конституционния съд.

Според чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В конкретния случай, тя е започнала по сигнал за нередност, регистриран под № 620 в Регистъра на сигналите за нередности и в ИСУН, следователно е налице допустим способ за инициране на административното производство (л.77 гръб). Жалбоподателят е уведомен писмено за стартиралата процедура за определяне на финансова корекция, както и за установените в хода на проверката по сигнала за нередност нарушения - описани са нарушенията, правната им квалификация, в коя хипотеза на 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 (т.1 от Приложение 2) попадат нарушенията, по кой метод и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен.

Съгласно чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ, преди издаване на решението за определяне на финансова корекция ръководителят на УО е длъжен да осигури възможност на бенефициента да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такъв срок е предоставен на жалбоподателя и той е упражнил правото си да направи възражение,

което е обсъдено подробно в мотивите на решението и са изложени аргументи защо не е прието.

Посочено е основанието за налагане на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕСИФ, съгласно която норма финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция, когато по отношение на бенефициента е налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламент (ЕС) № 2018/1046. В решението за определяне на финансова корекция е посочен приложимия Регламент (ЕС, Е.) 966/2012г. дадената в който дефиниция на понятието за „конфликт на интереси“ е приложима за правните задължения, поети преди влизането в сила на новия Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046.

Съгласно чл. 2, ал. 3 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), в Приложение 2 са определени приложимите процентни показатели на финансови корекции за нередностите по чл. 70, ал. 1, т. 1, 3-7 от ЗУСЕСИФ.

Състава на нарушението по чл. 70, ал. 1, т. 1 от ЗУСЕСИФ е описан в т. 1 от Приложение № 2 на Наредбата, а именно: „По отношение на бенефициента е налице конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламент (ЕС) № 2018/1046 (чл. 57 от Регламент (ЕС) № 966/2012)“. За това нарушение, в Приложение № 2, т. 1 от Наредбата за финансовите корекции, е определен размер на финансова корекция от 100 на сто, без възможност за намаляване на нормативно определения показател на корекцията.

Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 г. за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012 се прилага от 02.08.2018г. АДБФП № BG16RFOP002-2.002-0519-C01 е сключен на 13.03.2017 г., т.е. преди влизане в сила Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046, в който дефиницията на понятието „конфликт на интереси“ е дадена в чл. 61 и при действието на Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012, в който дефиницията на понятието „конфликт на интереси“ е дадена в чл. 57. Съгласно чл. 281, § 3 от Преходните и заключителни разпоредби на Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046, „позоваванията на отменения регламент се

тълкуват като позовавания на настоящия регламент и се четат съобразно таблицата на съответствието в приложение II. Видно от приложение II на Регламента (Таблица на съответствието), изискването на чл. 57 от отменения Регламент (ЕС, Е.) № 966/2012 съответства на изискването на чл. 61 от новия Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046. В този смисъл, независимо дали позоваването е на чл. 57 от Регламент (ЕС) № 966/2012, или на чл. 61 от Регламент (ЕС, Е.) 2018/1046, същото е релевантно към квалификацията на нарушението, извършено и констатирано по АДПБФП BG16RFOP002-2.002-0519-C01 от 13.03.2017 г..

За да се наложи финансова корекция по посочения текст на чл.70, ал.1, т.1 от ЗУСЕСИФ, в относимата му редакция към датата на извършване на процесното нарушение, следва да е налице основание - нередност, съставляваща конфликт на интереси по смисъла на чл. 57 от Регламент (ЕС) 966/2012.

Съгласно чл. 57, пар. 2 от Регламент 966/2012 г. "конфликт на интереси съществува, когато безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник или друго лице, посочено в параграф 1, е опорочено по причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интерес или всякакъв друг интерес, който е общ с този на получателя.". Съобразно чл.57 параграф 1 от Регламент 966/2012 г. „Финансовите участници и другите лица, участващи в изпълнението и управлението на бюджета, включително в подготвителни действия за това, в одита или контрола, не предприемат каквито и да са дейности, които може да поставят собствените им интереси в конфликт с тези на Съюза. При наличие на такъв риск въпросното лице се въздържа от такива дейности и отнася въпроса до оправомощения разпоредител с бюджетни кредити, който потвърждава в писмен вид дали съществува конфликт на интереси. Въпросното лице информира също така своя пряк ръководител. Ако бъде установен конфликт на интереси, въпросното лице спира всички свои дейности по случая. Оправомощеният разпоредител с бюджетни кредити лично предприема по-нататъшни подходящи действия.“ Методите за изпълнение на бюджета са посочени в чл.58 от същия Регламент и сред тях е този по чл.58 т.1 б.Б, а именно чрез споделено управление с държавите – членки, които, съобразно чл.59 т.2 от Регламента „при извършването на задачи по изпълнението на бюджета вземат всички необходими мерки, в това число законодателни, регулаторни и административни мерки, за да защитят финансовите интереси на Съюза, ..., вкл. б) предотвратяват, откриват и коригират нередностите и измамите. С цел защита на финансовите интереси на Съюза

държавите-членки извършват, при спазване на принципа на пропорционалност и в съответствие с настоящия член, както и в съответствие със съответните специфични за отделните сектори правила, предварителен и последващ контрол, включително, когато е целесъобразно, проверки на място на представителни и/или основани на оценка на риска, извадки от операции. Наред с това те събират недължимо платените средства и образуват съдебни производства, ако е необходимо. Държавите-членки налагат на получателите ефективни, възпиращи и пропорционални санкции съгласно предвиденото в специфичните за отделните сектори правила и в конкретни разпоредби на националното законодателство.“

Функциите на „финансови участници“ са дефинирани подробно в глава 3 от същия регламент.

Съгласно чл. 4. 1., изр. 2 от Общите условия, приложение II към административния договор за предоставяне на БФП, служебно известни на съда и публично достъпни на интернет страницата на ОПИК, при изпълнението му бенефициерът няма право да сключва договори с лица, с които е свързан по смисъла на параграф 1 от ДР на ТЗ и/или са обект на конфликт на интереси.

Според т. 4. 2 от Общите условия "конфликт на интереси е налице, когато за безпристрастното и обективно изпълнение на функциите по договора, на което и да е лице, може да възникне съмнение поради причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интереси или други общи интереси, които то има с друго лице, съгласно чл. 57 от Регламент 966/2012 г.

С оглед на изложеното по-горе и посочените приложими разпоредби от Регламент 966/2012 г., конфликт на интереси в настоящия случай е възможен във връзка с разходването на получените от бенефициера средства по АДБФП в правоотношенията между същият, в качеството му на възложител на обществена поръчка (чрез процедура по избор на изпълнител чрез публично съобщение за набиране на ценови предложения по реда на чл. 2, ал. 7 от ПМС № 160 от 01.07.2016 г. /) и изпълнителя.

Съобразно определенията в чл. 2, б. "и" на същия регламент "получател" на европейски средства означава бенефициер, изпълнител или всяко физическо или юридическо лице, което получава награди или средства по даден финансов инструмент, а „изпълнител“ означава физическо или юридическо лице, с което е сключен договор за обществена поръчка (чл.2 б.3)

В настоящия случай безспорно е установено по делото, че между съдружника И. И. К. в дружеството – бенефициер и изпълнителя (избран след публично съобщение за набиране на ценови предложения по реда на чл. 2, ал. 7 от ПМС № 160 от 01.07.2016 г.) е налице свързаност по смисъла на параграф 1 т.2 от ДР на ТЗ, доколкото са възникнали правоотношения между работодател и работник. Подобни свързаност липсва между бенефициера ЮЛ и изпълнителя Тези отношения на свързаност между физическото лице – съдружник в дружеството бенефициер и изпълнителя [фирма] , на стр.5, абзац 2 от решението на УО са определени като „фактически отношения със [фирма], съществували по време на процедурата за избор на изпълнител, обявена на 01.06.2017г." За тези отношения бенефициера не е уведомил УО, каквото задължение е имал, съгласно чл.4 от Общите условия (Приложение 2) към АДБФП и в нарушение на забраната за сключване на договори с лица, с които се намира в условия на свързаност по смисъла на параграф 1 от ТЗ и/или са обект на конфликт на интереси, е сключил договор № BG16RFOP002-2.002-0519-C01/SU-01 от 08.06.2017г.

Посочената свързаност не е основание по смисъла на чл.70 ал.1 т.1 от ЗУСЕСИФ за определянето на финансова корекция.

Както вече бе посочено, между страните не се спори, че съдружника И. И. К. през месец май 2017г. и през месец юни 2017г. е бил изпълнител по два договора с предмет „обследване на информационна инфраструктура на Министерство на правосъдието“, по които е получил и посоченото в договора възнаграждение. Спорен е въпроса дали вследствие на това обстоятелство е възникнал конфликт на интереси по смисъла на чл.57 от Регламента.

Съобразно определението за конфликт на интереси в чл.57 т.2 от Регламента, конфликт на интереси съществува, когато безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник или друго лице, посочено в параграф 1, е опорочено по причини, свързани със семейството, емоционалния живот, политическата или националната принадлежност, икономически интерес или всякакъв друг интерес, който е общ с този на получателя. Наличието на конфликт на интереси в оспореното решение ответникът е дефинирал с „опорочаване на безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансов участник при разходване на средства, чийто източник е ЕСИФ, поради личен интерес на съдружник в дружеството бенефициент, който е имал икономически (нетрудови финансови) взаимоотношения с дружеството - изпълнител, по време на обявяване на процедурата. Посочил е, че „в УО на ОПИК е създадена увереност, че нетрудовите възнаграждения,

изплатени на И. И. К., са допринесли за интереса на [фирма] към процедурата с оглед на финансовите интереси на дружеството.“ В допълнение е посочено, че „съдружникът участва в управлението на дружеството, съгласно дружествения договор на [фирма], като по силата на чл. 14 от дружествения договор (съотносима редакция - дружествен договор от 20.03.2012 г.), същият има възможност да оказва влияние при взимането на решения, включително избора на изпълнител, по причини свързани с икономически или друг интерес, които влизат в хипотезата на конфликт на интереси по смисъла на чл. 61 от Регламента.“ (стр.7 ред 12 и сл. в решението на УО).

Съдът не споделя тези изводи в оспореното решение и ги оценява като необосновани.

На първо място, вярно е, че нормата на чл.14 от дружествения договор (л.99) дава право на съдружника да участва в управлението на дружеството, да бъде избран в управителните и контролните органи, дава право на толкова гласове в Общото събрание, колкото дялове има в капитала, както и други права, неотнормирани към настоящия казус. Но, вписванията в ТР сочат ,че съдружникът И. К. има право на 3,33 гласа от общо 100 в Общото събрание на дружеството, следователно минотарния му дял по никакъв начин не може да влияе при вземане на решения. Той не е и управител на дружеството, нито има дялове, даващи му възможност да влияе при избор на управител. С оглед на изложеното съдът намира за необосновани изложените доводи в оспореното решение,че съдружника И. К. е имал възможност да влияе при вземането на решения, вкл. при избора на изпълнител..

На следващо място – съдът, намира че единствено наличието на възмездни договорни отношения между съдружник в дружеството-жалбоподател и избрания за изпълнител [фирма] не може да обоснове наличието на общ икономически интерес или друг интерес с този на получателя, в случая с този на избрания за изпълнител. Икономическия интерес на дружеството, избрано за изпълнител, би бил свързан с участие в процедурата за доставка на сървър с оглед евентуално реализиране на печалба от доставката. Икономическия интерес на съдружника в дружеството жалбоподател И. К. не е обоснован в оспореното решение и съдът няма задължение да го обосновава. Не е обоснован и доказан и общия икономически интерес, посочен в определението в чл.57 ал.2 от Регламента. Наличието на „възмездни взаимоотношения“ по договорите от 01.05.2017г. и от 01.06.2017г. между изпълнителя [фирма] и И. К., според настоящия състав, по никакъв начин не предопределя икономически интерес за избраното за изпълнител

дружество. По посочените два договора дружеството заплаща възнаграждение за извършена работа от И. К., нямаща каквато и да било връзка с процедурата за избор с публично съобщение. Икономическия интерес на дружеството по тези договори е да бъде изпълнен предмета им (обследване на информационни инфраструктури) и същият не е доказано да има общност с икономическия интерес при избор на изпълнител в процедурата чрез публично съобщение..

С оглед на изложеното съдът намира за недоказан икономически и общ интерес по смисъла на чл.57 ал.2 от Регламента.

Проведената процедура от жалбоподателя е на основание чл.49 ал.2 т.2 от ЗУСЕСИФ и по реда на чл.50-53 от същия закон. Съгласно чл.50 ал.1 от ЗУСЕСИФ бенефициентите по чл. 49, ал. 2, т. 2, какъвто е жалбоподателят, определят изпълнител след провеждане на процедура за избор с публична покана при спазване принципите на свободна и лоялна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация. Съгласно чл.54 от ЗУСЕСИФ правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана се определят с нормативен акт на Министерския съвет, а именно в Постановление № 160 от 1 юли 2016 г. за определяне правилата за разглеждане и оценяване на оферти и сключването на договорите в процедурата за избор с публична покана от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ от европейските структурни и инвестиционни фондове (ПМС 160/2016г.). Разпоредбата на чл.53 ал.2 от ЗУСЕСИФ определя, че за изпълнители не може да бъдат определени лица, за които са налице обстоятелствата за отстраняване от участие в процедура за възлагане на обществена поръчка съгласно Закона за обществените поръчки. Едно от основанията за задължително отстраняване на участник в процедурите по ЗОП, съобразно чл.54 ал.1 т.7 от ЗОП е наличие конфликт на интереси, който не може да бъде отстранен.

Ответникът поддържа, че проведената от жалбоподателя процедура за избор на изпълнител е по реда на чл.2 ал.7 от ПМС № 160/2016г. Посоченото обстоятелство не се оспорва от жалбоподателя.

Съгласно чл.2 ал.7 от ПМС 160/2016г. в приложимата редакция, обн. в ДВ бр.52/08.07.2016г., отм. ДВ бр.68/ 2017г. в сила от 22.08.2017г., когато бенефициентът избира изпълнител, без да провежда процедура по чл. 1, ал. 1 (т.е. без да провежда процедура с публична покана, съгласно ЗУСЕСИФ), публикува съобщение за набиране на ценови предложения в Информационната система за управление и наблюдение на средствата от

ЕС в България 2020, като едновременно с това се извършва и служебна публикация на Единния информационен портал. Съобщението съдържа описание на услугата, доставката или строителството, за което бенефициентът заявява интерес, прогнозна стойност и срок за подаване на ценовите предложения. За посоченият начин на избор на изпълнител – чрез публикуване на съобщение за набиране на ценови предложения, липсват правила, както в ЗУСЕСИФ (чл.49-54), така и в ПМС 160/2016г. Разпоредбата, даваща възможност за избор на изпълнител с публично съобщение, е отменена на 22.08.2017г. Същевременно, в актуалната ѝ редакция по време на провеждането ѝ от жалбоподателя, нормите на ПМС 160/2016г. не предвиждат приложение на правилата, относими за процедурата с публична покана, по реда на ЗУСЕСИФ. Нещо повече, изрично е подчертано, че „бенефициентът избира изпълнител, без да провежда процедура по чл. 1, ал. 1“.

В производството не е доказано ценовото предложение на изпълнителя, подадено на 05.06.2017г. (л.127 гръб) да е повлияно от „възмездните отношения“ с И. К., още повече, че прогнозната стойност на доставката е посочена в публичното съобщение и ценовото предложение е в рамките на прогнозната стойност..

С оглед на изложеното съдът намира че посоченият начин за избор на изпълнител по реда на чл.2 ал.2 от ПМС 160/2016г. по никакъв начин не води до извод, че „нетрудовите възнаграждения, изплатени на И. И. К., са допринесли за интереса на [фирма] към процедурата с оглед на финансовите интереси на дружеството.“ Интерес на [фирма], както и на другите двама участника в процедурата, обективно е възникнал вследствие на публичното съобщение за набиране на ценови предложения в Информационната система за управление и наблюдение на средствата от ЕС в България 2020 и служебната публикация на Единния информационен портал. Именно в резултат на това публично съобщение са постъпили общо 3 оферти, като за изпълнител е избран оферента, подал оферта с най-ниската предложена цена от 13 200 лв. без ДДС и с него е сключен договор.

От страна на ответника в производството не бяха ангажирани доказателства за начина на оценяване на офертите, както и за участниците при това оценяване, вкл. и дали в същото е взел участие И. И. К.. В производството не бе доказано и по какъв начин И. И. К. е допринесъл за интереса на „С. солишънс“ към процедурата, както и по какъв начин „фактическите му отношения“ с избрания за изпълнител са нарушение на принципите на равно третиране на оферентите и на прозрачност или са

оказали влияние върху условията, в полза на участника, избран за изпълнител. За последното съдът намира и че е налице обективна невъзможност, с оглед начина за избор на изпълнител, при положение, че съгласно чл.2 ал.7 от ПМС 160/2016г. в публикуваното съобщение се съдържа описание на услугата, доставката или строителството, за което бенефициентът заявява интерес, прогнозна стойност и срок за подаване на ценовите предложения, т.е. условията са публични, прозрачни и еднакви за всички, а съобщението за набиране на ценови предложения е за закупуване на 1 бр.сървър.

Съгласно практиката на СЕС по дело T-403/12 Intrasoft I. SA срещу ЕК, т.76 „ Не съществува абсолютно задължение за възлагащите органи системно да изключват оферентите 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. 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 (решение Nexans F./Entreprise commune F. for E., т. 75 по-горе, EU:T:2013:141, т. 116 и 117). Принципите за равно третиране на оферентите и на прозрачност в конкретния случай не е доказано да са нарушени.

В Решение на Общия съд, Първи състав от 20 март 2013 година по дело T-415/10, съдът е отхвърлил като неоснователни доводите за наличието на конфликт на интереси при твърдения за участие на двама служители на дружество участник в обществена поръчка, които като членове на друга организационна структура били участвали в изготвянето на обществената поръчка и така имали възможност да влияят върху условията, в полза на участника. В т.116 от решението съдът е приел, че „че не съществува абсолютно задължение за възлагащите органи системно да изключват оферентите 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.“ В т.117 от същото решение съдът е посочил и „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 (Решение на Общия съд от 12 март 2008 г. по дело Evropaiki Dynamiki/Комисия, T-345/03, Сборник, стр. II-341, точки 71 и сл.; в този смисъл вж. също Решение по дело Assitur, точка 116 по-горе, точка 21 и Решение по дело Serrantoni и Consorzio stabile edili, точка 116 по-горе, точки 39 и 40).“ С решението доводите за конфликт на интереси са отхвърлени като неоснователни, поради недоказване на обстоятелството, че изискванията в документите по обществената поръчка са били въведени под влияние и в полза на дружеството-участник, както и недоказване на факта, че същите служители в друго качество са взели участие в подготовката им.

В конкретния случай възложител е юридическото лице [фирма], в което И. И. К. е съдружник с дял от 3,33%. Дружествения договор определя, че дружеството е ЮЛ, отделно от съдружниците. (чл.2), а органи за управление на дружеството са Общото събрание и управителя. Общото събрание взема решение с мнозинство повече от 60 % от капитала на дружеството, а единствено за намаляване или увеличаване на капитала – с единодушие. Следователно, при дял от 3,33 % от капитала И. И. К. по никакъв начин не може да повлияе на вземане на решение от Общото събрание на дружеството, както и на действията на управителя Н. И. К.. В производството, както вече бе посочено, не е доказано че И. К. е участвал при оценяването на офертите и във вземането на решение за избор на изпълнител.

В оспореното решение правилно е посочено, че „ за да се намира участникът в конфликт на интереси, следва твърденият конфликт да е повлиял на протичането на процедурата", но по никакъв начин не е обоснована и доказана възможността да възникне съмнение за безпристрастното и обективно изпълнение на функциите по договора, както и наличието на икономически или общ икономически интерес с изпълнителя.

Съдът намира обжалваното решение за незаконосъобразно, доколкото при постановяването му не е спазено изискването за форма, предвидено в чл. 59, ал. 2, т. 4 АПК - не са посочени и доказани фактическите основания и установявания, въз основа на които е прието че са допуснати нарушения на чл.57 от Регламента, представляващи нередност по смисъла на чл.70 ал.1 т.1 от ЗУСЕСИФ. Това налага отмяна на решението на административния орган, като преписката следва да му се върне за ново произнасяне, при спазване на указанията за изясняване на посочените по-горе обстоятелства. При липсата на фактически установявания съдът няма възможност да упражни контрол за законосъобразност върху

решението. Жалбоподателят също е бил поставен в невъзможност ефективно да упражни правото си на защита, при наличието на неустановени факти.

Понятието за конфликт на интереси е обективно понятие и за да бъде характеризирано, не трябва да се вземат предвид намеренията на заинтересованите лица, конкретно тяхната добросъвестност (Решение на Съда от 10 юли 2001 г. по дело *Ismeri E./Сметна палата, C-315/99 P*, точки 44-48). Както вече бе посочено по-горе, възложителите нямат задължение да изключват участници винаги при съмнение за конфликт на интереси. Необходимо е и да бъде доказано, че конфликта на интереси не е оказал влияние върху поведението на възложителя и участника в процедурата за възлагане на обществената поръчка, както и че не съществува реална опасност от нарушаване на конкуренцията между участниците и на принципите на равно третиране, на прозрачност на процедурата. В това отношение анализът на риска от конфликт на интереси налага конкретна преценка, както на обявената и проведена процедура за избор на изпълнител, така и на подадената оферта от избрания за изпълнител, както и на положението на съответния участник, като и изключването на последния е мярка, която цели да гарантира зачитането на принципите на прозрачност и на равни възможности на оферентите. (Решение на Общия съд от 13 октомври 2015 г. по дело *Intrasoft I. SA, T-403/12*, точки 74-79). В областта на възлагането на обществени поръчки наличието на връзки между две дружества по принцип може да доведе до конфликт на интереси по смисъла на [Регламент \(ЕС\) 2018/1046](#), но в този случай на проверка следва да бъде подложено обстоятелството дали тези установени отношения са оказали конкретно влияние върху поведението на дружеството в рамките на тази процедура. За да се намира участникът в положение на конфликт на интереси, трябва твърденият конфликт да е повлиял на протичането на процедурата за възлагане на обществената поръчка или на резултата от нея. (Решение на Общия съд от 27 април 2016 г. по дело *E. D. L. SA и др., T-556/11*, точки 43,45 и 71). Последното обстоятелство не трябва да се предполага, а да бъде доказано.

Такова доказване ответникът не е провел, нито е обосновал. В мотивите само е извел, че така установените фактически отношения между съдружника и изпълнителя са опорочили проведената процедура, без да изложи конкретни факти и да подложи на анализ възраженията на бенефициера, за начина на провеждане на процедурата и за липса на участие на съдружника с минотарен дял в нея. Не е отчел и вида на конкретната процедура и избора на офертата на изпълнителя, предложил най-ниска цена в рамките на обявената прогнозна стойност. Ответникът

не е посочил конкретни съображения по какъв начин се проявява икономическия интерес или всякакъв друг пряк или косвен личен интерес. Не са събрани доказателства и не са анализирани съдържанието на публичното съобщение и процеса на оценяване на подадените оферти, което е относимо към обективното установяване на твърдян конфликт на интереси.

Разпоредбата на чл.57 от Регламент 966/2012, респ. и на чл. 61 от Регламент (ЕС) 2018/1046 е приложима, когато се установи опорочаване на безпристрастното и обективно упражняване на функциите на финансовия участник по причини, свързани с икономически или друг пряк или косвен личен интерес. Установените по делото обстоятелства не сочат категорично на такова опорочаване при доводи за наличие на формална свързаност по смисъла на § 1, ал. 1 ДР на ТЗ.

С оглед на изложеното, оспореният административен акт следва да бъде отменен и поради неправилно приложение на материалноправните разпоредби и целта на закона.

При този изход на делото на жалбоподателя следва да бъдат присъдени сторените по делото разноси в размер на 873,92 лв. съобразно представения списък на разноските, които съдът не оценява като прекомерни, предвид правната сложност на делото.

Водим от горното, съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ, по жалбата на [фирма] [населено място], Решение № РД-11-1132/03.09.2021г. на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер 9240 лв., съставляваща 100 % от финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ по договор № BG16RFOP002-2.002-0519-C01/SU-01 от 08.06.2017г.. за закупуване на хардуерно оборудване с изпълнител [фирма]

ВРЪЩА преписката на Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност“ 2014-2020, за ново произнасяне, при спазване на указанията по тълкуването и прилагането на закона.

ОСЪЖДА Министерството на икономиката да заплати на [фирма] [населено място], ЕИК[ЕИК], сумата от 873,92 лева, представляващи разноси по делото.

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

СЪДИЯ: