

РЕШЕНИЕ

№ 5207

гр. София, 02.08.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 60 състав,
в публично заседание на 27.04.2023 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Георги Терзиев

при участието на секретаря Паола Георгиева, като разгледа дело номер **869** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

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

Образувано е по жалба на Държавна агенция „Електронно управление“ /ДАЕУ/, представлявана от Председателя на ДАЕУ К. С., с адрес: [населено място], [улица], със съдебен адрес: [населено място], [улица], срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-303/13.01.2022 г., издадено от И. Д. П. – Директор на Дирекция „Добро управление“ – Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ /УО на ОПДУ/, [населено място], в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 31/13.04.2021 г. с Изпълнител „Булпрос Консултинг“ ЕАД, финансиран по ОПДУ, на основание т. 11, б. „а“ /използване на условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, което не е дискриминационно по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка, като не е налице минимално ниво на конкуренцията/ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните им показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, приета с Постановление на Министерски съвет на Република България /ПМС/ № 57/28.03.2017 г.

С жалбата се оспорва решението за определяне на финансова корекция, като се

излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон. Твърди се, че не са налице основания за налагане на финансова корекция, тъй като не са съществени твърдените нарушения, поради което не е налице нередност. Излагат се подробни съображения в тази насока. Във връзка с изложеното, моли Съда да постанови решение, с което да отмени оспорения акт, като неправилен и незаконосъобразен. Претендира юрисконсултско възнаграждение в минимален размер.

В съдебно заседание, жалбоподателят редовно уведомен, не се явява и не изпраща представител.

Ответният административен орган – Директор на Дирекция „Добро управление“ – Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ в администрацията на Министерски съвет на Република България, редовно уведомен, се представлява от юрисконсулт К., който моли Съда на отхвърли депозираната жалба като неоснователна и недоказана. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Софийска градска прокуратура, редовно уведомена не изпраща представител.

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

Не е спорно между страните по делото, а и от административната преписка се установява, че Държавна агенция „Електронно управление“ е бенефициер по Договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001 – 1. 004-0001 – C01/ 12.12.2018 г. След извършен последващ контрол на обществена поръчка, възложена чрез открита процедура, проведена по реда на Закон за обществените поръчки /ЗОП/, с предмет: „Надграждане на разработения прототип до пълнофункционалната система за управление Е-форми“ и сключен Договор № 31/13.04.2021 г. с Изпълнител – „Булпрос Консултинг“ ЕАД, номер на обществената поръчка в А. – 05397-2020-0023, открита на 18.09.2020 г. /в приложимата редакция на ЗОП, ДВ, бр. 64/18.07.2020 г./, по Проект № BG05SFOP001-1.004-0001-C02/12.12.2018 г., с наименование: „Надграждане на хоризонталните и централни системи на електронното управление във връзка с прилагане на Единния модел за заявяване, заплащане и предоставяне на електронни административни услуги“, бенефициерът е уведомен с Писмо № 02.50-37/03.12.2021 г., че са установени пропуски. /л.31-32, т.І/.

В хода на извършената проверка на възложената обществена поръчка от страна на Управляващия орган е стартирана процедура по администриране на нередност по негова инициатива, на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ.

От страна на Управляващия орган е прието, че от страна на ДАЕУ /бенефициер/ е използвано дискриминационно условие/дискриминационна техническа спецификация за изпълнение на обществената поръчка, а именно: в Техническата спецификация от документацията по обществената поръчка на стр. 134 е посочено следното – 11. Технологичното решение да е с отворен код, като има осигурена поддръжка и от производителя.

При така установеното от страна на Управляващия орган е прието, че с поставеното

изискване поддръжката да се извършва и от производителя, бенефициентът е ограничил от участие стопански субекти, които са оторизирани от производителя или негово официално представителство да извършват съответната поддръжка. Счетено е, че по този начин са нарушени императивни норми на ЗОП – чл. 2, ал. 2 от ЗОП, съгласно която норма, 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 обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка и чл. 49, ал. 1 от ЗОП, определяща, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

От страна на Управляващия орган е счетено, че допуснатото от бенефициента нарушение при възлагането на горечитираната обществена поръчка се изразява във въвеждането на незаконосъобразно условие в техническата спецификация, което ограничава достъпа на участници в процедурата, респективно, че по този начин не се предоставя равен достъп на участниците/кандидатите за участие, водещо до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в обществената поръчка в нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Административният орган е приел, че установеното нарушение е относимо към т. 11, б. „а“ /използване на условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, което не е дискриминационно по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка, като не е налице минимално ниво на конкуренцията/ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г.

В тази връзка Управляващият орган е прието, че това обосновава налагането на финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 31/13.04.2021 г. с Изпълнител – „Булпрос Консултинг“ ЕАД. Административният орган е приел още, че заложените в техническата спецификация изисквания могат да бъдат изискани от Възложителя на обществената поръчка, но тези условия могат да бъдат поставени само и единствено към участника, който ще извърши услугата, но не и към производителите. В тази връзка е посочено, че посочването в процесното изискване „поддръжка и от производителя“, е действително необосновано ограничително изискване, тъй като бенефициентът е ограничил кръга на допустимите участници само до тези, които ще предложат поддръжка и от самия производител, респективно, че същият резултат – исканата сигурност за качеството на гаранционното поддържане, бенефициентът би могъл да постигне и без да поставя ограничението поддръжката да е от производителя. Наведен е мотив, че дори в документацията за възлагане на обществената поръчка да е поставено изискване за оторизация от производителя, но не и от друг икономически оператор, който е упълномощен от него да оторизира, би било ограничително изискване и основание за отстраняване на участие в процедурата.

За неправилно е приет релевирания от бенефициента довод, че при подадени пет броя оферти следва извод, че не са заложили дискриминационни условия и няма нарушение

на ЗОП, както и че разпоредбата за налагане на финансова корекция е приложена неправилно. Според административния орган, правилно е приложена нормата на т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., тъй като е използвано условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, водещо до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, като не е налице минимално ниво на конкуренцията, а именно – допуснати и отговарящи на критериите за подбор две или повече оферти – от петима участника, четирима са отстранени. Прието е още, че при поставени законосъобразни изисквания е могло да бъдат подадени много по-голям брой оферти, респективно да бъде избрана действително икономически най-изгодна оферта.

В мотивите на оспорения акт е посочено още, че при провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка, с оглед и на прогнозната стойност в размер на 1 428 000.00 лв. без ДДС е недопустимо да се включват изисквания, ограничаващи конкуренцията. Всички изисквания следва да бъдат ясни за участниците, както и да не са ограничителни, за да може в обществената поръчка да участват възможно най-голям брой участници. Условието на Възложителя следва да бъдат зададени изчерпателно в обявлението и документацията за обществена поръчка, в интерес на правната сигурност, целите и принципите на възлагане на обществените поръчки по чл. 1 и чл. 2 от ЗОП. Независимо от сложността на предмета на обществената поръчка, дори поддръжката да не може да се осъществява от неоторизирани лица, които извършват поддръжка на сходна по технически параметри система за управление на електронни форми, поддръжката може да бъде извършвана не само от производителите, но и от лица, упълномощени от производителя или неговия официален представител. Тези изисквания, според Управляващия орган, би следвало да бъдат заложили в условията/техническата спецификация на обществената поръчка, за да може участниците да преценят отговарят ли на тези изисквания, респективно да подготвят своите оферти. Заложените изисквания, отнасящи се директно до производителите, възпрепятстват участието на лица, които могат да подсигурят извършване на поддръжка от лица, упълномощени от производителя или неговия официален представител. Прието е още, че са подадени пет оферти, но е могло да бъдат подадени много по-голям брой, респективно такива, които отговарят на всички изисквания на Възложителя и да бъде избрана действително икономически най-изгодната оферта.

Поради установеното в хода на проверката, административният орган приема, че е налице „нередност“, която по своята същност представлява нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС. Съгласно Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. „нередност“ е всяко нарушение на разпоредба на общностното право, произтичащо от действие или бездействие на стопанския субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като отчете неоправдан разход в общия бюджет. Според ответният административен орган в случая установеното нарушение има финансово отражение, доколкото е налице законова цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

Прието е за безспорно установено, че е налице финансово отражение на нарушението, респективно вреда за бюджета на ЕС предвид наличието на дискриминационна

техническа спецификация, която не осигурява равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка, а напротив – създава необосновани пречки при възлагането на обществената поръчка, като по този начин не е гарантирано обективно определяне на Изпълнител на обществената поръчка, който е предложил икономически най-изгодна оферта. В тази връзка и с оглед установеното е счетено, че са налице всички елементи от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г.: а/ нарушение на правото на ЕС – проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона, а именно принципът на равнопоставеност и недопускане на дискриминация, както и на свободна конкуренция /използване на техническа спецификация, която противоречи на основните принципи в чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 от ЗОП, в нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП, с което са нарушени императивни норми на ЗОП/; б/ извършено чрез действие на Възложителя; в/ субект на нередността – Държавна агенция „Електронно управление“ – бенефициент; г/ вреда на общия бюджет на ЕС – сумата, с която би бил ошетен бюджетът на ЕС вследствие на незаконосъобразно проведената обществена поръчка; д/ причинна връзка между деянието и настъпването на вредата – с посочените ограничителни изисквания в техническата спецификация се създава възможност за ограничаване на свободната конкуренция и допускане на дискриминация, в нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и ал. 2 от ЗОП, давайки необосновано предимство на стопански субекти за участие в обществената поръчка, които предлагат поддръжка директно от производителя и се ограничават участието на стопански субекти, които са изрично оторизирани от производителя или неговия официален представител за изисканата от Възложителя поддръжка/сервизна дейност. Стесненият по този начин кръг от потенциални участници не осигурява равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществена поръчка, а напротив създава необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция – нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП.

Поради нарушението е наложена финансова корекция в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 31/13.04.2021 г. с Изпълнител „Булпрос Консултинг“ ЕАД.

В хода на съдебното производство към доказателствения материал по делото с приобщиха следните писмени доказателства:

Представени от ответника:

1. Със Становище от 13.01.2023 г. – Заповед № Р-142/08.08.2022 г. на Министър-председател на Република България, с която И. Д. П. – Директор на Дирекция „Добро управление“ е оправомощена да осъществява правомощията на Ръководител на УО на Оперативна програма „Добро управление“ 2014 г. – 2020 г., Ръководител на УО на Оперативна програма „Административен капацитет“ 2007 г. – 2013 г./ръководител на Договарящия орган за ОПАК, съфинансирани от Европейския социален фонд, и на ръководител на УО на Оперативна програма „Техническа помощ“ 2007 г. – 2013 г./ръководител на Договарящия орган за ОПТП, съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие, произтичащи от приложимото право на ЕС и националното законодателство /л.611-614, т.П/.

Предвид установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

По допустимостта на жалбата:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 от АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта, който подлежи на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

Съгласно разпоредбата на чл. 168 от АПК, извършвайки контрол за законосъобразност на обжалвания акт, Съдът не се ограничава с основанията, посочени от оспорващия, а е длъжен въз основа на представените доказателства, да провери законосъобразността на оспорения акт на всички основания по чл. 146 от АПК:

На първо място в центъра на правните отношения в системата на публичните средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) стои бюджетът на ЕС и националният бюджет. Органите в системата на публичните средства от ЕСИФ действат при условията на обвързана компетентност. Те следва да държат сметка, че предоставянето на парични трансфери с източник от ЕСИФ е инвестиционна политика в средносрочен и дългосрочен план. Тя има за цел подобряването на конкурентоспособността на българската икономика, регионалното развитие и ускоряване на процеса на сближаване. Изразходването на средствата от ЕСИФ следва да бъде осъществявано при спазване на принципите на ефективност, публичност и прозрачност.

Съдът намира, че оспореното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-303/13.01.2022 г. е издадено от компетентен административен орган - И. Д. П. – Директор на Дирекция „Добро управление“ в администрацията на Министерски съвет на Република България. Същата съгласно представени по делото Заповед № Р-73/14.05.2021 г. на Министър-председател на Република България и Заповед № Р-142/08.08.2022 г. на Министър-председател на Република България е оправомощена да осъществява правомощията на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“ 2014 – 2020, включително да издава индивидуалните, общите и вътрешнослужебните актове, свързани с управлението и изпълнението на ОПДУ. Д. на посочените правомощия е допустимо съгласно разпоредбите на Устройствения правилник на МС и ЗУСЕСИФ/ЗУСЕФСУ/ /л. 49-50, т.І,л.613-614, т.ІІ/.

Оспореният административен акт е издаден и в предвидената от закона форма, при спазване на административнопроцесуалните правила за издаването му, поради което не страда от пороци, водещи до неговата нищожност. Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК, във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. При издаването му не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на жалбоподателя да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такива възражения са представени под формата на становище от жалбоподателя на 17.12.2021 г., което е обсъдено от административния

орган в оспореното по настоящето дело решение за налагане на финансова корекция (л.33 – 39,т.1).

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби, съображенията в тази насока са следните:

Предмет на съдебен контрол по делото е финансова корекция, наложена от УО на ОПДУ в тежест на жалбоподателя - ДАЕУ. Финансовата корекция по своята правна същност е „административна мярка“, а не „санкция“. Целта на финансовата корекция е да се възстанови положението преди причинената вреда. Целта не е да се възложи на бенефициера неблагоприятна последица, която да компенсират Съюза за виновно извършено деяние, а да не се допусне финансирането от Съюза на дейности, осъществени при нарушение на правото на Съюза и на свързаното с него национално право, което нарушение има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляването на неправилен разход.

Спорът в настоящето съдебно производство се свежда до правната интерпретация на установените факти в контекста на осъщественото от административния орган властническо правомощие. По-конкретно, предметът на съдебна преценка се концентрира върху съотнасянето на изложените от административния орган факти към съставите на нарушения, визирани в цитираните в акта разпоредби от ЗОП и квалификацията им като нередности по т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Нормата на чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ определя, че производството по администриране на „*нередност*“ започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал. В процесния случай от доказателствата по делото, че установи, че процедурата е започнала по инициатива на управляващия орган, поради което е налице и допустим способ за инициране на административното производство. Жалбоподателят е уведомен писмено както за осъществения последващ административен контрол по законосъобразност на проведената обществена поръчка, включително и за установените в хода на тази проверка нарушения – описани са нарушенията, правната им квалификация по ЗОП, респективно коя хипотеза на Наредбата за посочване на нередности попадат нарушенията и какъв размер на финансова корекция следва да бъде определен. Съгласно разпоредбата на 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 същото не е прието изцяло. В тази връзка, Съдът приема, че формално са спазени регламентираните от законодателя специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер /л.31-39,т.1/.

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

парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета, 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 легално в чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г., според която норма 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. Член 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. Доколкото в случая ДАЕУ (Министерството на електронното управление) участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата безспорно се явява „*икономически оператор*“, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013 г. Следователно е налице първият елемент от фактическия състав на „*нередността*“.

В процесния случай от значение е нормата на т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г. Съгласно тази норма нарушени е налице, когато е използвано условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, което не е дискриминационно по национален / регионален / местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка, като е налице минимално ниво на конкуренцията. Настоящият съдебен състав споделя изцяло изводите на Управляващия орган, че това означава, че нарушението е дискриминационно по принцип, но по признак, различен от посочените - национален/регионален/местен.

Разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП определя, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

По делото е представена техническа спецификация за надграждане на

разработения прототип до пълнофункционална система за управление на електронни форми /л.229-353,т.1/. Целта на техническата спецификация е да опише софтуерните изисквания към изпълнението на обществена поръчка с предмет: „Надграждане на разработения прототип до пълнофункционална система за управление на Е-форми“. Точка 8 от Техническата спецификация е озаглавена „Изисквания към изпълнението на дейностите по проекта“, т. 8.1. Дейност 1: „Надграждане на разработения прототип до пълнофункционална система за управление на електронни форми“, т. 8.1.1 „Описание на дейността“. В т. 8.1.1 на стр. 134 от Техническата спецификация /л.296,т.1/ и по-конкретно т. 11 е посочено, че участникът трябва да отговаря на следното изискване – „технологичното решение да е с отворен код, като има осигурена поддръжка и от производителя“, както и че участникът следва да е оторизиран от производителя или негово официално представителство с правото да извършва разпространение и предоставя софтуерна поддръжка на предлаганите продукти на територията на Република България.

С административната преписка по делото са представени и Разяснения с рег. № ДАЕУ-18686/12.10.2020 г. на Главен секретар на ДАЕУ до всички заинтересовани страни за участие във възложената обществена поръчка с предмет: „Надграждане на разработения прототип пълнофункционална система за управление на електронни форми“. Разясненията са изготвени във връзка с постъпило Запитване с рег. № ДАЕУ-18538/08.10.2020 г. в Централизираната автоматизирана информационна система „Електронни обществени поръчки“ от потенциален участник в процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Надграждане на разработения прототип пълнофункционална система за управление на електронни форми“ /л.411-413,т.11/.

От потенциален участник е поставен въпрос до Възложителя: „В техническата спецификация, на стр. 134 е налична следната формулировка: „Технологичното решение да е с отворен код, като има осигурена поддръжка и от производителя;“ „Във връзка с т. 8 – „Изисквания към изпълнението на дейностите по проекта“ за Дейност 1: „Надграждане на разработения прототип до пълнофункционална система за управление на електронни форми“ и по-конкретно т. 11 на стр. 134, ще допусне ли Възложителя участник, който ползва комерсиална платформа с осигурена поддръжка от производителя, и изходен код (S. C.), разработван по проекта, които ще бъде публично достъпен онлайн от първия ден на разработка, чрез използване на система за контрол на версиите и хранилищата по Глава Шеста, Раздел IV „Хранилище за изходен код“ от НОИИСРЕАУ?“

На поставения въпрос, от страна на Възложителя е посочено, че технологичното решение да е с отворен код, като има осигурена поддръжка и от производителя. Като в заключение е посочено, че Възложителят няма да допусне участник, който ползва комерсиална платформа със затворен код с осигурена поддръжка от производителя.

Съдът, намира, че действително с въведеното условие на стр. 134, т. 11 от Техническата спецификация и Допълнителните разяснения („поддръжка от производителя“) се нарушават принципите на свободна конкуренция, равнопоставеност и недопускане на дискриминация на потенциалните

участници, като се нарушава и конкуренцията, и това би могло да има разубеждаващ ефект. В тази връзка неоснователни се явяват възраженията на жалбоподателя, че така въведеният критерий в т. 11, стр. 134 от Техническата спецификация не води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка. Този факт се подкрепя и с отговора, даден в Допълнителните разяснения – т. 11 от същите, който е недвусмислен – кой следва да предоставя поддръжката – производителят или участникът?

Следователно с така поставеното изискване поддръжката да се извършва и от производителя, жалбоподателят безспорно е ограничил от участие стопански субекти, които са оторизирани от производителя или негово официално представителство да извършват съответната поддръжка. Правилни са изводите на административния орган, че с това си действие, жалбоподателят е извършил нарушение на императивни норми на ЗОП, а именно чл. 2, ал. 2 и чл. 49, ал. 1 от ЗОП.

Законът определя, че 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 и сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Нормата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП, както се посочи по-горе определя, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

С така въведения критерий, действително от страна на жалбоподателя е допуснато нарушение, изразяващо се във въвеждането на незаконосъобразно условие в Техническата спецификация, което ограничава достъпа на потенциални участници. Правилен е изводът на административния орган, че по този начин не е предоставен равен достъп на участниците/кандидатите за участие, и че това от своя страна влече като последица и до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в обществената поръчка, представляващо нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Безспорно е, че посоченото нарушение попада в хипотезата на т. 11, б. „а“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. – „използване на условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, което не е дискриминационно по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка, като не е налице минимално ниво на конкуренцията“. В тази връзка неоснователни се явяват релевираните от жалбоподателя възражения. Нормата има предвид, че конкретното нарушение не е дискриминационно по един от посочените признаци – национален/регионален/местен признак, но не и че по принцип не е дискриминационно. Такъв вид дискриминационно изискване е възможно да бъде заложено от Възложителя като опит в друг град, държава. Видно от

доказателствата по делото не се установява наличие на такъв вид дискриминационно изискване по национален/регионален/местен признак, визирано в т. 10 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г. Констатираното от УО дискриминационно изискване е различно от посоченото в т. 10 от наредбата, водещо до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка. Правилно е прието от УО, че в процесния случай не е налице и минималното ниво на конкуренцията – получени две или повече оферти, допуснати и отговарящи на критериите на подбор /при наличие на минимално ниво на конкуренцията – нарушение по т. 11, б. „б“ от цитираната наредба/. Безспорно е още, че в случая не са настъпили и предпоставките за прилагане на т. 11, б. „в“ и б. „г“ от наредбата.

Жалбоподателят в жалбата преповтаря изложените си в становището пред административния орган. Нито със становището, нито с жалбата от негова страна са посочени нови факти и обстоятелства, включително мотиви, които да обосноват наличието на правомерни минимални изисквания в Техническата спецификация. Така изложените възражения и твърдения не са подкрепени с конкретни правни доводи. Неоснователно е възражението, че в оспорения пред Съда административен акт е налице противоречие в изложените от УО мотиви. Безспорно от страна на административния орган не е констатирано нарушение на изискването *„технологичното решение да е с отворен код“*, дори от негова страна е изразен положителен извод, че предложенията на участниците в процедурата по възлагане на обществена поръчка следва да съответстват на изискванията на Техническата спецификация, респективно на визията за успешна реализация на предмета на обществената поръчка, но при условие тези изисквания да са законосъобразни. В случая е доказано по несъмнен начин наличието на въведено ограничаващо изискване, което е довело до необосновано ограничаване на конкуренцията, нарушени са императивни разпоредби на ЗОП.

Не е спорно, че възложителят е поставил в документацията за участие в обществената поръчка достатъчно изисквания /Техническа спецификация и Критерии за подбор/, имащи пряко отношение към доказване на необходимото качество на изпълнение на поръчката с оглед неговият от качествено изпълнение на предмета на поръчката да бъде защитен в максимална степен. Така въведеното изискване *„поддръжката да се извършва и от производителя“*, безспорно жалбоподателя е ограничил от участие стопански субекти, оторизирани от производителя или негово представителство да осъществяват съответната поддръжка, като с това действително е стеснен кръгът на потенциалните участници в обществената поръчка, давайки необосновано предимство на определени лица – лица, предлагащи поддръжка директно от производител, спрямо лица, които могат да предложат поддръжка от упълномощени от производителя или неговия официален представител.

Липсата на постъпили предложения от заинтересованите лица по чл. 100, ал.

2 от ЗОП за промяна на условията на процедурата, респективно липсата на обжалване на процедурата от потенциалните участници на етап откриване на процедурата, на решението за откриване, с което е одобрена документацията за процедурата по възлагане на обществена поръчка, не са по своята същност критерий за законосъобразното провеждане на процедурата. Това, че тези действия не са извършени не санира извършеното нарушение.

Неоснователно е и възражението на жалбоподателя, че в хода на проведената процедура по възлагане на обществена поръчка, че са подадени пет броя оферти, което води до извод за липса на дискриминационни условия, респективно за липса на нарушения на ЗОП и поради, което неправилно е приложена нормата за налагане на финансова корекция. Както по-горе се посочи, Съдът счита за правилно приложена нормата на т. 11, б. „а“ от наредбата, предвид използваното условие за изпълнение на поръчката/техническата спецификация, водещо до ограничаване на достъпа до участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка и липсата на минимално ниво на конкуренцията, а именно – допуснати и отговарящи на критериите за подбор две или повече оферти. Видно от доказателствата по делото от петима участници в процедурата, четирима са отстранени. Съдът намира за правилен изводът на административния орган, че при поставени законосъобразни изисквания действително е могло да бъдат подадени много по-голям брой оферти, респективно да бъде избрана по този начин икономически най-изгодната оферта.

Недопустимо е при провеждане на обществена поръчка, включително и с оглед прогнозната и стойност както е в настоящия случай да бъдат включени изисквания, ограничаващи конкуренцията. Изискванията, заложи в документацията за възлагане на обществена поръчка следва да са ясни за потенциалните участници, не трябва да са ограничаващи, за да може в обществената поръчка да вземат участие възможно най-голям брой участници. Изискванията и условията на Възложителя задължително следва да бъдат зададени изчерпателно в обявлението и документацията за обществена поръчка при спазване основните принципи и цели на възлагане на обществените поръчки по чл. 1 и чл. 2 от ЗОП.

Предвид сложността на предмета на обществената поръчка, дори поддръжката да не може да бъде осъществявана от неоторизирани лица, извършващи поддръжка на сходна по технически параметри система за управление на електронни форми, поддръжката може да бъде извършвана не само от производителите, но и от лица, упълномощени от производителя или неговия официален представител. Тези изисквания безспорно следва да са заложи в условията/техническата спецификация на обществената поръчка, за да може участниците да преценят отговарят ли на тези изисквания и съответно да подготвят офертите си. Заложи изисквания, отнасящи се директно до производителите, безспорно възпрепятстват участието на лица, които могат да подсигурият извършване на поддръжка от лица, упълномощени от производителя или неговия официален представител. Вярно е, че условията и техническата спецификация на процедурата се определят от Възложителя в условията на оперативна самостоятелност, но в рамките

определени от закона.

Безспорно Възложителят има право да изисква осигуряване на изискванията, заложи в Техническата спецификация и Критерии за подбор, но условията могат да се поставят само и единствено към участник, който ще извърши услугата, но не и към производителите. Вярно е, че икономическият оператор, оторизиран от производителя да извършва поддръжка на произведените от производителя продукти, е гаранция за качество и сигурност на извършваната дейност, тъй като е одобрен и сертифициран от производителя да осъществява поддръжката на неговия продукт. Оторизацията в обичайната търговска практика се осъществява въз основа на договор, след одобрение и сертифициране /установяване на съответствие с определени изисквания, удостоверено обикновено със съответен документ/. Такъв договор няма пречка да е сключен директно с производителя, както и с негов официален вносител/представител или пък друг икономически субект, упълномощен да извърши оторизация от името на производителя. Следователно така посоченото в изискването „поддръжка и от производителя“, е действително необосновано ограничително условие, довело до ограничаване кръга на допустимите участниците само до тези, които ще предложат поддръжка и от самия производител. В тази връзка, правилен е изводът на административния орган, че възложителят може да получи исканата сигурност относно качествено изпълнение на предмета на обществената поръчка и без да бъде поставено ограничение поддръжката да е от производителя. Допълнителен аргумент в тази насока е, че дори когато в документацията на обществената поръчка е заложи изискване за оторизация от производителя, но не от друг икономически оператор, който е упълномощен от него да оторизира, това също е ограничително изискване, респективно и основание за отстраняване на участник в процедурата.

При така установеното, Съдът намира, че установеното нарушение съответства на нормата на т. 11, б. „а“ 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 структурни и инвестиционни фондове, а именно: използване на условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, което не е дискриминационно по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка, като не е налице минимално ниво на конкуренцията. Така определената правна квалификация на нередността е законосъобразна.

Съобразно легалната дефиниция, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент /ЕС/ № 1303/2013, *нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение.* За случаите на нередности по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, попадащи в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, във връзка с чл. 1, ал. 1 от Наредбата (в приложимата редакция, ДВ, бр. 67/2019 г.) от страна на законодателя е прието, че не е възможно да бъде определено количествено

изражение на финансовите последици, поради което и в съответствие с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ е определен процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Необосновените ограничения за потенциалните участници намаляват броя на кандидатите, които участват в процедурата, а максимално широкият кръг от участници е предпоставка за постигане на възможно най-благоприятни финансови резултати за възложителя и бюджета. В случая доказаните нарушения биха могли да имат финансово отражение, тъй като са пряко свързани с възможностите за участие и на други лица, както и с по-ефикасното разходване на предоставените от Съюза финансови средства, поради което е налице и третият елемент от понятието за нередност.

Съгласно нормата на чл. 5, ал. 1 от Наредбата, размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В процесния случай допуснатите от бенефициера нарушения са на националния ЗОП, като естеството на нарушенията е такова, че не е възможно да се даде количествено измерение на финансовите последици. Законосъобразно е определена и основата на финансовата корекция - върху допустимите разходи по договора с изпълнителя, тъй като отпуснатата безвъзмездна финансова помощ по сключения административен договор е 100 %. В случая Договор № 31/13.04.2021 г. с Изпълнител „Булпрос Консултинг“ ЕАД и Възложител Държавна агенция „Електронно управление“ е с материален интерес (договорена цена) от 1 408 900, 00 лева без включен ДДС. Доколкото финансовата корекция е в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договора, то следва да се приеме, че тя е на стойност 140 890, 00 лева.

По изложените съображения, Съдът намира, че определената с атакувания акт финансова корекция се явява законосъобразна, а жалбата – неоснователна и недоказана, поради което следва да бъде отхвърлена.

По разноските в производството:

С оглед изхода на спора заявеното от ответника искане за присъждане на юрисконсултско възнаграждение се явява основателно. Съдът следва да осъди Министерството на електронното управление да заплати на Министерския съвет – юридическото лице, в чиято структура се намира органът – ответник, направените по делото разноси, а именно – юрисконсултско възнаграждение, определено съобразно разпоредбата на чл. 78, ал. 8 от ГПК във връзка с чл. 37, ал. 1 от Закона за правната помощ във връзка с чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ, субсидиарно приложими на основание чл. 144 от АПК, в размер на 100.00 лева.

По изложените съображения, АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III-то

отделение, 60-ти състав,

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Държавна агенция „Електронно управление“, представлявана от Председателя на ДАЕУ К. С., с адрес: [населено място], [улица], със съдебен адрес: [населено място], [улица], срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-2022-303/13.01.2022 г., издадено от И. Д. П. – Директор на Дирекция „Добро управление“ – Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Добро управление“, [населено място], в размер на 10 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по Договор № 31/13.04.2021 г. с Изпълнител „Булпрос Консултинг“ ЕАД, финансиран по ОПДУ, на основание т. 11, б. „а“ /използване на условие за изпълнение на поръчката/техническа спецификация, което не е дискриминационно по национален/регионален/местен признак, но води до ограничаване на достъпа на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществената поръчка, като не е налице минимално ниво на конкуренцията/ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните им показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ /ЗУСЕФСУ/, приета с Постановление на Министерски съвет на Република България /ПМС/ № 57/28.03.2017 г.

ОСЪЖДА Министерство на електронното управление, БУЛСТАТ:[ЕИК], да заплати на Министерски съвет на Република България юрисконсултско възнаграждение в размер на 100.00 лв. /сто лева/.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване пред Върховен административен съд на Република България в четиринадесет дневен срок от съобщаването на страните за постановяването му.

СЪДИЯ:

