

РЕШЕНИЕ

№ 5446

гр. София, 15.09.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 45 състав,
в публично заседание на 13.09.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Евгени Стоянов

при участието на секретаря Теменужка Стоименова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **954** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 – 178 от Административно-процесуалния кодекс (АПК), вр. чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Производството е образувано по жалба на Държавна агенция „Електронно управление” с адрес: ул „Ген. Й. Г.” № 6, представлявано от К. С. – председател на Д. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК – 2022 – 307 / 17.01.2022 г. на И. П. – ръководител на УО на Оперативна програма „Добро управление”, в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 91 / 09.11.2020 г. с изпълнител „Ай Би Ес Б. Ес Ай” Д., финансиран по ОПДУ, на основание т. 11, б. „б” (използване на условие за изпълнение на поръчката / техническата 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) 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.

В жалбата е посочено, че решението е неправилно, неоснователно и нарушава материалния закон и административнопроизводствените правила. Решението е в противоречие с разпоредбите на Закона за обществените поръчки, със ЗУСЕСИФ, с 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, както и с разпоредбите на АПК. В съдебно заседание жалбоподателят се представлява от юрисконсулт В. П.. Същият поддържа жалбата. Моли актът да бъде отменен като неправилен и незаконосъобразен. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение за един процесуален представител. В хода на съдебното производство с определение от 07.07.2022 г. като жалбоподател е конституирано Министерството на електронното управление. В Държавен вестник (обн. – ДВ, бр. 38 от 2022 г.) е обнародвано Постановление № 89 от 19 май 2022 г. за създаване на Изпълнителна агенция „Инфраструктура на електронното управление“ и за приемане на Устройствен правилник на ИА „Инфраструктура на електронното управление“ и на Устройствен правилник на Министерството на електронното управление. В § 11, ал. 1 от Постановлението е посочено, че процесуалното представителство по висящи спорове на Д. се осъществява от Министерството на електронното управление, като извършените процесуални действия се запазват.

Ответникът – ръководител на УО на ОПДУ не се явява. Представява се от юрисконсулт К.. Представено е становище от процесуалния му представител, в което се поддържа неоснователност на жалбата и се претендират разноски.

Софийска градска прокуратура – редовно уведомена, не изпраща представител за участие в съдебното заседание.

Административен съд София-град, като обсъди доводите на страните и събраните по делото писмени доказателства, приема за установена следната фактическа обстановка:

Държавна агенция „Електронно управление“ е бенефициер по договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ № BG05SFOP001 – 1. 004-0001 – C01 / 12.12.2018 г. В хода на осъществен последващ контрол на обществена поръчка възложена чрез открита процедура по ЗОП с предмет: „Надграждане на интеграционния слой на Единния модел и гарантиране на работоспособността му“ и сключен договор № 91 / 09.11.2020 г. с изпълнител „Ай Би Ес Б. Ес Ай“ Д., номер на поръчката в А. 05397 – 2020 – 0018, открита на 14.08.2020, по проект № BG05SFOP001 – 1. 004-0001 – C01 / 12.12.2018 г. „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, че са установени пропуски.

В хода на извършената проверка на посочената поръчка УО е започнал процедура по администриране на нередност по своя инициатива.

Управляващият орган е приел, че бенефициерът е въвел ограничителни изисквания към участниците, а именно: 1) разяснение по въпрос 2 – всички продукти, предмет на доставка (лицензи и хардуеърни устройства) задължително следва да са с право на вечно ползване (perpetual) без ограничение във времето и да се доставят с включена поддръжка от производителя за 36 месеца от датата на доставката; 2) разяснение по въпрос 3: изпълнителят следва да осигури лицензи и оборудване с поддръжка от производителя за 36 месеца. Поддръжката от производителя следва да осигури право на всички нови версии на софтуер и firmware за периода, както и гаранционен сервиз на оборудването. Д. следва да разполага с директен достъп до поддръжка от производителя и самостоятелно да отваря неограничен брой проблеми директно към производителя.

Управляващият орган счита, че с дадените разяснения – поддръжката да се извършва

от производителя, от една страна бенефициерът е въвел промени в условията на поръчката и от друга страна е ограничил от участие стопански субекти, които са оторизирани от производителя или негово официално представителството да извършват съответната поддръжка. Нарушени са императивни разпоредби на ЗОП. Съгласно чл. 33, ал. 5 ЗОП с разясненията не може да се въвеждат промени в условията на процедурата. Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗОП 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 стопанските субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Съгласно чл. 49, ал. 1 ЗОП 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. Според УО е налице необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в обществената поръчка в нарушение на чл. 2, ал. 2 ЗОП. Според ответника посоченото нарушение е относимо към точка 11, б. „б” (използване на условие за изпълнение на поръчката / техническата 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) 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.

Това според УО на ОПДУ предполага и обосновава налагането на финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 91 от 09.11.2020 г. с изпълнител „Ай Би Ес Б. Ес Ай” Д..

Приема се от УО, че потенциални участници, които не са могли да осигурят поддръжка от страна на производителя не са проявили интерес при провеждане на поръчката, тъй като е било посочено това ограничително изискване. За тях не е било в интерес да следят публикациите по конкретната обществена поръчка и съответно да подадат офертите си.

В мотивите на оспорения акт е посочено, че при провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка, с оглед и на прогнозната стойност в размер на 1 217 500, 00 лева без ДДС е недопустимо да се включват изисквания, които ограничават конкуренцията. Всички изисквания трябва да са ясни за участниците, както и да не са ограничителни, за да може в обществената поръчка да участват възможно най-голям брой участници. Условията на възложителя следва да се задават изчерпателно в обявлението и документацията за обществената поръчка, в интерес на правната сигурност, целите и принципите на възлагане на обществените поръчки по чл. 1 и чл. 2 ЗОП. Дори поддръжката да не може да се осъществява от неоторизирани лица, които извършват поддръжка на сходно по технически параметри оборудване, то тя може да бъде извършена не само от производителя, но и от лица, упълномощени от производителя или неговия официален представител. Заложените изисквания, които се отнасят директно до производителите, възпрепятстват участието на лица, които могат да подсиgurят извършване на поддръжка от лица, упълномощени от

производителя или неговия официален представител.

УО на ОПДУ приема, че са подадени две оферти, но е можело да бъдат подадени много по-голям брой, те да отговарят на изискванията на възложителя и да се избере действително икономически най-изгодната оферта.

Административният орган е приел, че констатираното нарушение представлява нередност. Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. 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 ответника по делото установеното нарушение има финансово отражение, доколкото е налице законова цел бюджетните средства да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно.

Прието е за установено, че е налице вреда за бюджета на ЕС, доколкото има дискриминационна техническа спецификация, която не осигурява равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществена поръчка. Напротив – създава необосновани пречки при възлагането на обществената поръчка, като по този начин не се гарантира обективно определяне на изпълнител на обществената поръчка, който е предложил икономически най-изгодната оферта.

Посочените мотиви са станали повод УО на ОПДУ да издаде обжалваното решение за финансова корекция. Той е приел, че са налице всички предпоставки (елементи) от фактическия състав на нередността по смисъла на ЗУСЕСИФ и Регламент (ЕС) 1303 / 2013 г., а именно: а) нарушение на правото на ЕС – проведена обществена поръчка по реда на ЗОП в нарушение на принципите на закона, а именно на принципа 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 2 от ЗОП, в нарушение на чл. 2, ал. 2, чл. 49, ал. 1, чл. 33, ал. 5 от ЗОП, с което са нарушени императивни разпоредби на ЗОП); б) извършено чрез действие на възложителя; в) субект на нередността; г) вреда върху общия бюджет на ЕС – сумата, с която би бил ощетен 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, въведени с разясненията на бенефициента, се създава възможност за ограничаване на свободната конкуренция и допускане на дискриминация. Нарушава се чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 ЗОП, като се дава необосновано предимство на стопански субекти за участие в обществената поръчка, които предлагат поддръжка директно и 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. Ограниченият по този начин кръг от потенциални участници не осигурява равен достъп до процедурата за възлагане на обществената поръчка.

Наложена е финансова корекция в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 91 / 09.11.2020 г. с изпълнител „Ай Би Ес Б. Ес Ай” Д..

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

Жалбата е подадена от лице с правен интерес, срещу подлежащ на оспорване по реда на АПК административен акт, пред компетентния да я разгледа съд, при спазване на срока по чл. 149, ал. 1 от АПК. Жалбата е допустима. Разгледана по същество жалбата е неоснователна.

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

Решение за определяне на финансова корекция № ФК – 2022 – 307 / 17.01.2022 г. е издадено от компетентен орган. По делото е приобщена заповед на министър – председателя на Република България (л. 44 – 45 от делото). От тази заповед се установява, че И. П., в качеството си на директор на дирекция „Добро управление” в администрацията на Министерския съвет 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 ЗУСЕИФ.

Съдът счита, че оспореният акт е издаден в предвидената от закона форма и 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 ЗУСЕИФ. 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 ЗУСЕИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициера да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията. Такива възражения (становище) са представени от жалбоподателя на 17.12.2021 г. (л. 46 – 51 от делото).

Съдът намира оспорвания акт за издаден в съответствие с материалноправните разпоредби:

Предмет на съдебен контрол по настоящото дело е финансова корекция, наложена от УО на ОПДУ в тежест на Д.. Финансовата корекция по своята правна природа 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 компенсира 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 неправомерен разход.

Спорът между страните касае 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 точка 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

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

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 в чл. 2, т. 36 от цитирания Регламент, според която това е всяко нарушение на правото на Съюза или на националното право, свързано с прилагането на тази разпоредба, произтичащо от действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на бюджета на Съюза чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. 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 Д. (Министерството на електронното управление) участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същата несъмнено се явява икономически оператор, който

може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на "нередността" е налице.

От значение за конкретния случай е разпоредбата на точка 11, б. „б“ 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 разпоредба нарушение е налице, когато е използвано условие за изпълнение на поръчката / техническата 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. Основателни са аргументите на УО, че това означава, че нарушението е дискриминационно по принцип, но по признак, различен от посочените - национален / регионален / местен.

Съгласно чл. 49, ал. 1 ЗОП 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 приложена техническа спецификация за надграждане на интеграционния слой на Единния модел. Целта на техническата спецификация е да опише софтуерните изисквания към изпълнението на обществена поръчка с предмет: Надграждане на интеграционния слой на Единния модел. Точка 8 от техническата спецификация е озаглавена „Изисквания към изпълнението на дейностите по проекта“, т. 8. 1. Дейност 1 „Доставка на лицензи за нуждите на интеграционния слой на Единния модел“, т. 8.1.2 „Изисквания към изпълнение на дейността“. В точка 8.1.2. на с. 82 от техническата спецификация (л. 238 от делото) е посочено, че участникът следва да е оторизиран от производителя или негово официално представителство с правото да извършва разпространение на предлаганите продукти на територията на Република България. Участникът доказва съответствието си с поставеното изискване чрез прилагане на официално оторизационно писмо в Техническото си предложение.

По делото е приобщено разяснение на Главния секретар на Д. до всички заинтересовани страни. Разяснението е направено във връзка с постъпило запитване от 24.08.2020 г. в Централизираната автоматизирана информационна система „Електронни обществени поръчки“ от потенциален участник в процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Надграждане на интеграционния слой на Единния модел и гарантиране на работоспособността му“.

От потенциален участник е поставен въпрос 1: за целите на правилното документиране и регистриране на лицензите и устройствата кой следва да бъде собственик на софтуера и хардуера, предмет на търга - Д. или друга агенция / организация ? Въпрос 2: какъв тип трябва да бъдат софтуерните лицензи: вечни (perpetual) с включена поддръжка от производител за 36 месеца или абонамент за 36 месеца ? Въпрос 3: за софтуерните лицензи и хардуерни устройства от Дейност 1 кой трябва да предоставя поддръжката – производителят или участникът ?

По така поставените въпроси от значение са отговорите на възложителя на обществената поръчка по т. 2 и т. 3. На въпрос 2 възложителят отговаря по следния начин: всички продукти, предмет на доставка (лицензи и хардуерни устройства),

включително software и/или firmware задължително трябва да са с право на вечно (perpetual) ползване без ограничение във времето и *да се доставят с включена поддръжка от производителя за 36 месеца от датата на доставката.*

На въпрос 3 възложителят отговаря по следния начин: Изпълнителят следва да осигури лицензи и оборудване с поддръжка от производителя за 36 месеца. Поддръжката от производителя следва да осигури право на всички нови версии на софтуер и firmware за периода, както и гаранционен сервиз на оборудването. Д. следва да разполага с директен достъп до поддръжка от производителя и самостоятелно да отваря неограничен брой проблеми директно към производителя. Изпълнителят следва да осигурява допълнително поддръжка и съдействие на Д. в хода на експлоатацията на продукта и реализираните услуги чрез него, съгласно Условието на техническата спецификация и приложимите условия на качество на услугите за срока на изпълнение на договора.

Действително с въведеното условие в 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 би могло да има разубеждаващ ефект. Неоснователни са аргументите на жалбоподателя, че в разясненията никъде не е посочено, че поддръжката трябва да се предоставя директно от производителя. Действително в даденото разяснение от страна на Д. по въпроси 2 и 3 е посочено, че поддръжката следва да е от производителя. Отговорът е даден на въпрос 3, който е ясен и недвусмислен – кой трябва да предоставя поддръжката – производителят или участникът ?

Целта на разясненията, предвидени в чл. 33 от ЗОП, е да бъде изяснена волята на възложителя, обективизирана в решението, обявлението и документацията, когато има неяснота, неточност или др. съмнение при формулиране на условията на обществената поръчка, при спазване на заложените в чл. 2, ал. 1 от ЗОП принципи за публичност, прозрачност, пропорционалност, свободна и лоялна конкуренция и равнопоставеност и недопускане на дискриминация. С разпоредбата на чл. 33, ал. 5 ЗОП е въведена забрана с разясненията да се въвеждат промени в условията на процедурата. Настоящият състав намира, че нарушението на тази разпоредба е безспорно. Лицето, което е проявило интерес към тази обществена поръчка (Ай Би Ес“ – запитване на л. 151 от делото) е задало напълно логично своите въпроси. В документацията за участие в процедурата е било посочено, че за доставените лицензи се изпълнява поддръжка за 36 месеца от датата на подписване на приемо-предавателния протокол за доставката. За дейност 2 е посочено, че се изпълнява за срок до 6 месеца, като гаранционната поддръжка е от датата на приемането на надграждането до края на срока на договора. В резултат на разяснението лицето е получило категоричен отговор на въпроса, кой трябва да предоставя поддръжката, а именно - производителят.

В този смисъл неоснователни са аргументите, посочени в жалбата, че в даденото разяснение по въпрос № 3 се има предвид, че производителят следва да поддържа лицензите. Първото изречение от това разяснение започва с израза „Изпълнителят следва да осигури лицензи и оборудване с поддръжка от производителя..“ Второто изречение на това разяснение започва с израза „поддръжката от производителя следва да осигури...“ Тоест буквалното тълкуване изключва възможността поддръжката да се отнася само за лицензите, каквото е твърдението на жалбоподателя. В този смисъл

неотносим е аргументът, посочен в жалбата, че липсва пречка участниците в процедурата да представят несъобразени с указанията в разяснението оферти.

Установеното от УО на ОПДУ нарушение представлява нередност. Налице е нарушение на разпоредба на правото на ЕС, 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 стопански субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Следователно при определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“ следва да се вземат предвид три елемента от обективна страна: 1) доказано нарушение на разпоредба на съюзно право, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект; 2) нанасяне на вреда на общия бюджет на Европейския съюз, като се отчете неоправдан / неправомерен разход в общия бюджет или вероятност за настъпване на такава вреда и 3) причинна връзка между нарушението и вредата.

По силата на разпоредбата на чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ финансовата подкрепа със средствата на Е. може да бъде отменена само на някои от лимитативно посочените правни основания. Съгласно националното законодателство всяко от посочените в чл. 70, ал. 1 ЗУСЕСИФ основания води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане.

Установеното нарушение съответства на разпоредбата на точка 11, б. „б“ 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: случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т. е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор. Така определената правна квалификация на нередността е законосъобразна.

Съобразно легалната дефиниция, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 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 (редакция, ДВ, бр. 67/2019 г.) законодателят е приел, 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 определил процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Необоснованите 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 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 случая 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 № 91 / 09.11.2020 г. с изпълнител „Ай Би Ес Б. Ес Ай“ Д. и възложител Държавна агенция „Електронно управление“ е с материален интерес (договорена цена) от 1 208 500, 00 лева без включен ДДС. Доколкото финансовата корекция е в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договора, то следва да се приеме, че тя е на стойност 60 425, 00 лева.

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 200 лева.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III - то отделение - 45-ти състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК:

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Държавна агенция „Електронно управление“, срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК – 2022 – 307 / 17.01.2022 г. на И. П. – ръководител на УО на Оперативна програма „Добро управление“, в размер на 5 % върху допустимите, засегнати от нарушението разходи по договор № 91 / 09.11.2020 г. с изпълнител „Ай Би Ес Б. Ес Ай“ Д., финансиран по ОПДУ, на основание т. 11, б. „б“ (използване на условие за изпълнение на поръчката / техническата 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) 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.

ОСЪЖДА Министерството на електронното управление, БУЛСТАТ[ЕИК], да заплати на Министерския съвет юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева.

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

СЪДИЯ:

