

РЕШЕНИЕ

№ 6934

гр. София, 18.11.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 67 състав,
в публично заседание на 25.10.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Лилия Йорданова

при участието на секретаря Мая Георгиева, като разгледа дело номер **5929** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и следващите от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), вр. чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ).

Образувано е по жалба на Изпълнителна агенция „Морска администрация“ ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление [населено място], 1000, [улица], представлявана от к.д.п. В. И. – изпълнителен директор срещу Решение №РД-02-14-545/23.05.2022г. на и.д. Директор и ръководителя на Националния орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014-2020г. /вх.№ при жалбоподателя Н-1/26.05.2022г./, с което на основание чл. 73, ал.1-3 от ЗУСЕСИФ поради установени нарушения, квалифицирани като нередност по смисъла на т.11, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. е увеличен размерът на финансова корекция до пълния размер - 10% от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по сключения договор №D-26/13.08.2018г. с изпълнител „СТЕМО“ ООД на стойност 1055364,95 лв. без ДДС след проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на интегрирана система за корабна инспекция – софтуерен пакет с електронна база данни и оборудване“.

Жалбоподателят излага подробни съображения за незаконосъобразност и неправилност на оспореното решение. Твърди се, че по разглежданата обществена поръчка веднъж вече е постъпвал сигнал за нередност вх.№99-00-3-2/13.12.2018г., в което вече е било установено същото като в оспорения понастоящем административен

акт - заложено е дискриминационно изискване в техническата спецификация за представяне оторизационни писма за право на продажба. В него е прието, че именно поради липса на оторизация за продажба на оборудването са били отстранени двама от участниците в процедурата – „Технологика-Лирекс“ ООД и „Индекс България“ ООД, като по този начин била ограничена конкуренцията. С писмо №99-00-3-2/15.01.2019г. националният орган уведоми бенефициента, че не счита, че двамата участници са отстранени незаконосъобразно /сигналът за нередност е приключил поради липса на нередност/ и приема единствено, че е налице дискриминационно изискване, като поради наличие на конкурентна среда съобразно т.11, б.“б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности е определена финансова корекция в размер на 5% по сключения договор с изпълнител „Стемо“ ООД, съгласно Решение №РД-02-14-114/09.02.2021г. В този смисъл се твърди, че съгласно чл.3 от Наредбата за администриране на нередности по ЕСИФ органът е издал първа писмена оценка, с която е констатирал липса на нередност по отношение отстранените участници, решението за констатиране на липса на нередност е влязло в сила и поражда за ИАМА правни последици. Цитирана е съдебна практика, съгласно която ръководителя на НО по програмата има компетентност в рамките на давността, след като с влязъл в сила АА е установил липса на нередност по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ поради липса на нарушение на ЗОП по конкретен възлагателен договор със средства от ЕСИФ, с последващ акт по друг сигнал да постанови решение в обратен смисъл. Акцентира, че правомощията в рамките на тази формална компетентност могат да бъдат осъществени законосъобразно само и единствено след спазване процедурата и при наличието на предпоставките по чл.99 и сл. от АПК. Заявява, че в случая не са налице предпоставките, предвидена в кодекса, както и органът не е предприел съответната процедура. Моли за отмяна на Решение №РД-02-14-545/23.05.2022г.

В с. з. процесуалният представител на жалбоподателя адв. Ц. поддържа жалбата. Претендира разности.

Ответната страна - ръководителя на Националния орган на Програма за трансгранично сътрудническо И. V-A Румъния България 2014-2020 при Министерство на регионалното развитие и благоустройството, представляван от юрисконсулт Л. Л. оспорва жалбата. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. В дедения от съда срок представя писмени бележки, в които подробно излага доводи за законосъобразността на оспореното решение и доводи за наличие на основания за стореното възобновяване на административното производство по издаване на административния акт.

Жалбата е допустима. Оспореното решение е изпратено със съпроводително писмо чрез ИСУН 2020 на 25.05.2022г. , с даден Рег.№ Н-1 от 26.05.2022г. в ИА „Морска администрация (справка лист 94 по делото), а жалбата е подадена чрез органа на 07.06.2022 г., следователно същата е подадена в предвидения срок от надлежна страна, адресат на оспорения индивидуален административен акт.

След като обсъди доводите на страните и събраните по делото доказателства, настоящия състав на Административен съд София-град, намира за установено от фактическа страна, следното:

Няма спор между страните, че на 05.06.2017г. между Министерство на регионалното развитие и благоустройството, ГД „УТС“ – Национален орган по Програма за

трансгранично сътрудничество И. V А Румъния-България 2014-2020, представлявана от главния директор и Ръководител на Националния орган на И. V-А Румъния – България 2014-2020 /договарящ орган/ и жалбоподателя, в качеството на партньор, на основание Регламент (ЕС) 1303/2013, Регламент (ЕС) №1301/2013, Регламент (ЕС) 1299/2013 и Програма за трансгранично сътрудничество И. V-А Румъния-България 2014-2020г., одобрена с Решение на ЕК №886 от 12 февруари 2015г. и Меморандум за изпълнение – договорености между ДЧ, участващи в програмата И. V-А Румъния-България е сключен административен договор № РД-02-29-150/05.06.2017г. за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по Програма за трансгранично сътрудничество И. V-А Румъния 0 България 2014-2020 г., съфинансирана от Европейския фонд за регионално развитие, национално финансиране и собствен принос на партньора по втора покана за набиране на проектни предложения с общ размер на бюджета по проекта 1 441 974,96 евро /л.160-166/. В обхвата на предоставеното финансиране е доставката на интегрирана система за корабна инспекция – софтуерен пакет с електронна база данни и оборудване.

За целта с Решение №РД-14-51/18.05.2018г. е открита процедура по чл.18, ал.1, т.1 от ЗОП за доставка с гореописания предмет, с което са одобрени обявлението и документацията за участие /л.191-193/. Цялата документация е свързана с обществената поръчка е достъпна на интернет страницата на жалбоподателя: <https://www.mtc.government.bg/pk/procedure/1198>

Процедурата е проведена и финализирана със сключването на възлагателния договор с изпълнител „СТЕМО“ ООД. Неразделна част от документацията е Техническата спецификация /л.223-270/. В частност дейност 2 е доставка, инсталиране и конфигуриране на ИКТ инфраструктура за И. за инспекция на кораби, в т.8.2.1 е направено описание на дейността, а в т.8.2.2 са посочени изискванията към изпълнението на дейността. Едно от изискванията е участниците да представят оторизационни писма от производителя на предлаганото комуникационно компютърно видеоконферентно оборудване и приложен софтуер, от които да е видно, че има права да търгуват/продават/сервизират предлаганите артикули. Към ТП следва да се приложат копие на оторизационно/и писмо/а, заверени с подпис и печат от участника. Постъпили са 3 оферти, като за двама от участниците комисията е решила, че ТП не отговарят на описаното в ТС изискване и същите са предложени за отстраняване от по-нататъшно участие в процедурата /подробните констатации фигурират в протокол №2 –л.263-270/. ИА „Морска администрация“ е сключил договор с единствения участник, чието ТП е допуснато и оценено и който в последствие е избран за изпълнител „Стемо“ ООД /Договор рег.№Д-26 от 13.08.2018г. С Решение №РД-02-14-308/28.03.2019г. ръководителят на НО на Програма за трансгранично сътрудничество И. V-А Румъния-България 2014-2020 определя на бенефициера финансова корекция в размер на 5% от от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по Договор № Д-26/13.08.2018г. Същото е издадено на основание чл.73, ал.1 и чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ вр. §1, т.2 от ДР на Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. Констатирано е нарушение на националното законодателство, а именно поставен незаконосъобразен критерий за подбор в нарушение на чл.59, ал.2 от ЗОП и незаконосъобразна методика за оценка – чл.70, ал.1 и ал.7 от ЗОП. Същите са преценени, че съставляват нередност по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ вр. Т.9 от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата и в съответствие с чл.7 от Наредбата за посочване на нередности е определена обща

финансова корекция при съблюдаване принципа за некумулиране размера на индивидуалните размери на процентните показатели нередности в размер 5% от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по договор Д-26/13.08.18г. Решението е изпратено чрез информационна система ИСУН със съпроводително писмо /л.180-181/, получено на 22.04.2019г. Няма данни същото да е било оспорено, следователно се счита за влязло в законна сила на 08.05.2019г. съобразно чл.60, ал.6 от ГПК. Преди издаване на това решение е спазена процедурата по чл.72 от ЗУСУЕСИФ, а именно –регистрирано е уведомление за съмнение за нередност вх.№99-00-3-2/13.12.2018г. в МРРБ, идентифицирани са съмнения за нередност – незаконосъобразен критерий за подбор и незаконосъобразна методика за оценка, дискриминационни технически спецификации. С писмо по чл.72, ал.3 от ЗУСЕСИФ /рег.№99-00-3-2/15.01.2019г. НО уведомява бенефициера, че от така идентифицираните три нередности, поддържа констатациите си за незаконосъобразно поставен критерий за подбор и за незаконосъобразна методика за оценка, като по отношение дискриминационни технически спецификации приема, че: „В конкретния случай обосновано може да се приеме, че предметът отговаря на поставените условия за сложност, доколкото е свързан със съвкупното извършване на доставка на интегрирана система за корабна инспекция – софтуерен пакет с електронна база данни и оборудване, монтаж и инсталация на доставената система, обучение на персонала за работа с нея и гаранционно обслужване в рамките на гаранционния срок. По тези съображение следва да се приеме, че залагането на изискване за наличие на оторизационни писма за доставяното оборудване не води до нарушаване на разпоредбата на чл.2 от ЗОП... В тази връзка, НО счита, че участниците „Технологика-Лирекс“ ООД и „Индекс България“ ООД са отстранени законосъобразно от процедурата за възлагане на обществена поръчка поради факта, че не са представили оторизационни писма съгласно заложеното в т.8.2.2 изискване. На основание изложеното, НО е приключил сигналът в тази част с липса на нередност“ – стр.10-11 от писмото /л.76-90/ Със същото писмо на бенефициера е предоставена възможност за депозиране на възражение по двете поддържани нередности с дефиниран срок 14-дневен от получаването му, както и е уведомен за възможността да представи доказателства в подкрепа на тезата си. При издаване на решение№РД-02-14-308/28.03.2019г. са обсъдени възраженията на бенефициера съобразно чл.73, ал.3 от ЗУСЕСИФ.

Във връзка с окончателен одитен доклад, регистриран под №99-00-2-377-(14)/29.12.2020г. след извършен одит на операциите по програма И. V-A Румъния-България 2014-2020и Коририрани предварителни резултати от одиторски процедури, във връзка с отчетите за разходите, извършени в периода 01.07.2019г. и 30.06.2020г. по програмата, регистрирани под №99-2-71/25.01.21г. за съмнение за нередност, касаещо договор №Д-26/13.08.2018г. с изпълнител „Стемо“ ООД е проведена процедура по администриране на нередност. В изпълнение на одитните констатации, НО издава Решение №РД-02-14-114/09.02.2021г. за налагане на финансова корекция. Посочено е правно основание чл.73, ал.1 и чл.70, ал.1, т.9 вр.§5, т.4 от ДР на ЗУСЕСИФ и §1, т.2 от ДР на Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. Определена е финансова корекция в размер 5% от разходите, финансирани от ЕСИФ по Договор №Д-26/13.08.2018г. Мотивирано е с окончателен одитен доклад и е описано следното съмнение за нередност: ограничителни изисквани в документацията за участие и по-специално ограничително изискване в ТС, т.8.2.2 „Участниците трябва да представят оторизационни писма от

производителя за предложеното оборудване, комуникационно оборудване, компютри, оборудване за видеоконферентна връзка и свързан софтуер, в който се посочвало, че имат право да търгуват/продават и поддържат предложените продукти и софтуер“. Извършеното нарушение на националното законодателство - чл.59, ал.2 от ЗОП вр. Чл.2, ал.1 и ал.2 от ЗОП е подведено като съставляващо нередност по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ, разписана в т.11, б.“б“, тъй като липсва основание за квалифицирането ѝ по т.11, б.“г“ от Приложение 1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности. Мотивите за налагане на финансова корекция в по-нисък размер за извършеното нарушение са били обусловени от наличието на добра конкурентна среда, а именно, подадени били три оферти, като и трите били допуснати до етап разглеждане допустимост на техническата оценка като отговарящи на критериите за подбор. С оглед, че с Решение №РД-02-14-308/28.03.2019г. вече била наложена финансова корекция по същия договор в същия размер, на осн. Чл. 7 от Наредбата за посочване на нередности е прието, че финансовият ефект на финансовата корекция по това решение бива погълната от предходната наложена финансова корекция с Решението от 28.03.2019г. За така постановеното решение жалбоподателят е уведомен със съпроводително писмо чрез ИСУН 2020 на 09.02.2021г. /л.167/. Няма данни същото да е било оспорено, следователно се счита за влязло в законна сила на 24.02.2021г.

Окончателно становище на службите на ЕК е постъпило в МРРБ с вх.№ 99-00-2-377(28) от 03.03.2022г., с което е извършен Анализ на годишния контролен отчет за отчетната 2019-2020г. Процесният случай е възобновен съгласно правилата на чл.99 от АПК вр. Чл.74 ЗУСЕСИФ. Проверката на ЕК обхваща одитните констатации от извършена проректа на проекта и финансовата корекция е предложена съобразно чл.144, параграф 1, буква в от Регламент (ЕС) №1303/2013 по програма И. V-A Румъния – България. Съобразно писмото службите на комисията са изложили мотиви, че задължението на оферентите да предоставят упълномощаващи писма от производителите на предлаганото оборудване е в противоречие с разпоредбите на чл.58, параграф 4 от Директива 2014/24/ЕО във връзка с принципа на равно третиране, включително в чл.18, параграф 1 от същата директива. Наличието на нарушение е идентифицирано като такова, извършено в условия на неосигурено минимално ниво на конкуренция по смисъла на Насоките от 2019г., транспонирани в националното законодателство в Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. и следователно е подведено като нередност по т.11, б. „а“ от същата наредба с процентен показател в размер 10% по същия сключен възлагателен договор с изпълнител „Стемо“ ООД.Тъй като 5% корекция вече е била приложена от НП, необходимата допълнителна корекция е в размер на още 5% /л.301-318/.

До ИА „Морска администрация“ е изпратено писмо уведомление относно възобновеното производство чрез ИСУН 2020 с гер.№99-00-2-377(30) от 04.05.2022г., като на същата дата писмото е заведено в администрацията на бенефициера с рег.№ Н-1 от 04.05.2022г. Със същото за нарушението по т.8.2.1 от Техническата спецификация, подведено като такова на националния закон -чл.59, ал.2 от ЗОП вр. Чл.2, ал.1 и ал.2 от ЗОП, съставляващо нередност по смисъла на чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ е определена финансова корекция в размер 10% от стойността на договора с изпълнител „Стемо“ ООД, тъй като е прието, че липсва конкурентна среда и че офертите на другите двама участника в процедурата са незаконосъобразно отстранени именно поради наличието на дискриминационното изискване в ТС и процентният

показател финансова корекция не е този, по т.11, б. „б“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата, а по т.11, б. „а“ от същото приложение /л.119-132/. На бенефициера е предоставена възможност в условията на чл. 73, ал.2 от ЗУСЕСИФ да депозира възражения с доказателства в подкрепа на твърденията си. В дадения срок е депозирано възражение от ИА „Морска администрация“ /л.115-118/, което е обсъдено при издаването на процесния акт, а именно Решение рег.№РД-02-14-545/23.05.2022г. за определяне финансова корекция в размер на 10% от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по Договор №Д-26/13.08.2018г. с изпълнител „Стемо“ ООД на стойност 1055364,95лв. без ДДС, съответно 1266437,94лв. с включен ДДС при възприемане изцяло на мотивите и констатациите в писмо вх.№99-00-2-377(28)/30.03.2022г. на Европейската комисия и в условията на възобновеното по чл.99 и сл. АПК вр. Чл.74 от ЗУСЕСИФ производство /л.96-114/. Жалбоподателят е уведомен за решението чрез ИСУН 2020 със съпроводително писмо от 25.05.2022г., получено от бенефициера чрез регистрацията на документа с номер Н-1/26.05.2022г. /л.94-95/

При така установените факти и обстоятелства, съдът достигна до следните правни изводи:

На първо място е необходимо да се отбележи, че ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е променено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ), като са направени промени и в самите разпоредби на закона. Но доколкото оспорения в настоящото производство административен акт е издаден преди законодателните промени в сила от 1.07.2022 г., то навсякъде в настоящия съдебен акт ще се сочи старото наименование на закона, както и разпоредбите в приложимата им редакция към момента на издаване на оспореното решение.

Процесното решение е издадено от компетентен орган.

ЗУСЕСИФ регламентира мерките по прилагане на Регламент (ЕС)1303/2013г. на Европейския парламент и на Съвета за определяне 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.

В §5, т.4 от ДР на ЗУСЕСИФ е установено, че законът регламентира прилагането на финансова подкрепа по програмите за европейско териториално сътрудничество, чрез извършване на финансови корекции. То се осъществява като се приложат критериите нередности, относимите за тях минимални и максимални стойности на процентните показатели, определени в ЗУСЕСИФ с акта по чл.70, ал.2 от ЗУСЕСИФ, т.е. в Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. са установени категорията нередности при установяване нарушения при изпълнение на програмите за териториално и транснационално сътрудничество, които представляват основания за извършване на финансови корекции по реда на ЗУСЕСИФ и чл.70, ал.1, т.9 от Закона. По силата на §1, т.2 от ДР на Наредбата, същата е приложима и за програмите за европейско териториално сътрудничество, в които РБ участва за периода

2014-2020. По силата на §2, т.2.1, част „Национален орган“ от Меморандума за изпълнение – договорености между държавите-членки, участващи в програма „И. V-A Румъния-България (ратифициран със закон ДВ бр.16 от 2016г.) Съответстващ на Управляващия орган, с координационна роля за територията на Република България, е Министерството на регионалното развитие и благоустройството, действащо като Национален орган (НО).

Съгласно нормата на 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.29 от Устройствения правилник на МРРБ /изм. и доп. ДВ бр.31 от 12 април 2019г./ функциите на Национален орган на програма за трансгранично сътрудничество И. V-A Румъния – България 2014-2020 се изпълнява от дирекция „Управление на териториалното сътрудничество“ в МРРБ. Със Заповед №РД-02-14-369 от 05.04.22г. на министъра на регионалното развитие и благоустройството директорът на дирекция УТС Д. Г. е оправомощен да ръководи и организира дейността на Националния орган по Програмата /т.1.1.б. от заповедта/, включително да издава административните актове по ЗУСЕСИФ /т.3 от заповедта/, какъвто съставлява процесното Решение /л.91-93/. Следователно обжалваният в настоящото производство административен акт е издаден от компетентен орган.

Решението е в писмена форма и съдържа необходимите реквизити, включително и тези по чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК – посочени са фактическите и правните основания за издаването му.

Според чл. 69, ал. 2 и 4 от ЗУСЕСИФ процедурата по администриране на нередност започва по инициатива на управляващия орган на съответната програма или по сигнал, подаден от физическо или юридическо лице. В конкретния случай началото на производството е поставено по инициатива на управляващия орган във връзка с писмо с вх. № 99-00-2-337(28)/30.03.2022 г. на Европейската комисия.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, преди издаването на решението по ал. 1 управляващият орган трябва да осигури възможност бенефициентът да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена - жалбоподателят е бил уведомен за получения сигнал за нередност и му е дадена възможност да изложи възраженията си.

Следва да се отбележи, че общите правила, отнасящи се до единните проверки и до административните мерки и санкции, касаещи нередностите по отношение на правото на Общността са установени в Регламент (ЕО, ЕВРАТОМ) № 2988/95 на Съвета от 18 декември 1995 година относно защитата на финансовите интереси на Европейските общности (Регламент № 2988/95). В съответствие с чл. 3, параграф 1 от Регламент № 2988/95, давностният срок за определяне на финансова корекция е четири години от момента на извършването на нередността, освен ако секторните правила предвиждат по-кратък срок. 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 (Регламент № 1303/2013) не предвижда по-кратък давностен срок. Съгласно чл. 3, параграф 3 от Регламент № 2988/95 срокът за давност се прекъсва от всяко действие на компетентните органи, което е нотифицирано на лицето, свързано с разследването или правните действия, отнасящи се до нередността, като срокът започва да тече отново след всяко действие, което го прекъсва. Т. е. в рамките на четиригодишен срок от извършване на нередността компетентният орган може да определи финансова корекция. В случая нередността, която се твърди да е извършена, засяга незаконосъобразно въведени в техническа спецификация изисквания по проведена обществена поръчка по реда на ЗОП, като липсата на конкурентна среда, а именно отстраняването на двама от тримата участници в процедурата е извършено с административния акт на бенефициера, с който е обявено класирането и е избран изпълнител на поръчката – 20.07.2018г. /видно от правното основание на Договора за възлагане обществена поръчка – л.271/. Следователно, към датата на издаване на оспорения акт – 23.05.2022 г., давността по чл. 3, параграф 1 от Регламент № 2988/95 не е изтекла без да се отчитат извършените прекъсвания на давността. В рамките на срока, ръководителят на Националния орган на Програмата има компетентност съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕСИФ да извършва проверки относно законосъобразното осъществяване на процедурата по ЗОП, въз основа на която е сключен процесния договор за възлагане, както и да определя финансови корекции с актове с посоченото правно основание във валидна писмена форма. Издадените в рамките на този давностен срок писмени мотивирани актове на компетентния орган са валидни.

Както бе посочено по-горе в мотивите на предходния акт – Решение за определяне финансова корекция РД-02-14-114/09.02.2021г. ръководителят на НО е установил нарушения, обуславящи отмяна на финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ чрез извършване на финансова корекция именно при отчитане, че корекцията за незаконосъобразно поставено изискване в техническата спецификация е подведена като нередност по смисъла на т.11, б. „б“ към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. – мотивиран е с „наличие на добра конкурентна среда, а именно че в процесната обществена поръчка са подадени три оферти, като и трите са допуснати до техническа оценка и отговарят на критериите за подбор/видно от стр.2 от Протокол 2 от 19.07.2018г./“. В това решение, а така също и в предходното такова от 28.03.2019г. липсва констатация за незаконосъобразно отстранени участници в процедурата, което да рефлектира върху категорията нередност и процентния показател, предвиден за нея. Тези два влезли в сила административни актове, с които органът не установява нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове и не установява нередност за това нарушение, идентифицирано в Писмото от Европейската комисия, като с оглед на това не определя финансова корекция по възлагателния договор в установения от ЕК процент, се явяват благоприятни за бенефициера актове. Промяната на преценката на органа за елемент на фактическия състав на нередността, обуславящ извода му за наличието на нередност по т.11, б. „а“ от Приложение към чл.2, ал.1 от Наредбата, приета с ПМС №57/2017г. и въз основа на това за определяне на финансова корекция, е фактически отмяна на влезлия в сила благоприятен акт. Такава отмяна е допустима

само при условията на чл. 99 от АПК. В случая ответният орган не е провел надлежно производство по реда на чл. 99 от АПК органът и на това основание е постановил незаконосъобразен акт (в този смисъл Решение № 14053 от 12.11.2020 г. на ВАС по адм. д. № 12820/2019 г., VII о.; Решение № 14458 от 23.11.2020 г. на ВАС по адм. д. № 8007/2020 г., VII о., Решение № 817 от 21.01.2021 г. на ВАС по адм. д. № 8972/2020, VII о.).

Необходимо е да се отбележи, че в съответствие с чл. 74 ЗУСЕСИФ, при условията и на основанията по чл. 99 от АПК, размерът на определената с решението по чл. 73, ал. 1 финансова корекция може да бъде увеличен от ръководителя на управляващия орган и по предложение на сертифициращ или одитен орган. За възобновяването на производството се прилагат съответно сроковете и редът по глава седма от Административнопроцесуалния кодекс. В случая, от една страна с първо постановеното решение е определена финансова корекция в размер на 5%, но за друго установено нарушение, като по отношение именно на съмнението за наличие на нередност – незаконосъобразно отстранени участници с писмото по чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ от 15.01.2019г. НО е приел, че участниците Т.-Л. ООД и Индекс България ООД са отстранени законосъобразно и сигналът в тази част е приключил, т.е. е установено че липсва такова нарушение. В последствие с второто постановено решение наличието на конкурентна среда е приета като основополагаща при определяне категорията нередност за друго идентифицирано нарушение –незаконосъобразни условия в ТС. Т.е. с първите два акта и с писмото по чл.73, ал.2 от ЗУСЕСИФ от 15.01.2019г. е установено че липсва такова нарушение, респективно че липсва нередност, а с обжалвания понастоящем трети по ред административен акт е определена финансова корекция в по-висок процент именно поради наличие на нередност, подведена по т.11, б. „а“ от Наредбата, като е прието, че липсва конкурентна среда предвид незаконосъобразното отстраняване на коментираните по-горе участници. Съгласно Решение №14458 от 23.11.20г. по адм.д.8007/2020г. на ВАС Ръководителят на НО по програмата има компетентност в рамките на давността, след като с влязъл в сила административен акт е установил липса на нередност по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ с последващ акт по друг сигнал да постанови решение в обратен смисъл, но правомощията му могат да бъдат осъществявани законосъобразно само след спазване на процедурата и при наличието на предпоставките на чл.99 АПК. Неспазване на процедурата/предпоставките по чл.99 и сл. АПК обосновава порок незаконосъобразност на последващия във времето акт. Той може да засяга процесуалноправни норми, доколкото процедурата по АПК изисква извършване на определен набор правни действия в срок. Може да засяга и материалноправни норми, доколкото изискване за спазването ѝ е наличието на определените в чл.99 АПК материалноправни предпоставки за осъществяването ѝ. Но и в двата случая, порочният акт, се явява незаконосъобразен. Обжалваният административен акт не е издаден нито при условията, нито на основанията по чл. 99 от АПК. Изложеното е довело до нарушение на административнопроизводствените правила по издаване на оспорения в настоящото производство административен акт и е достатъчно основание за отмяната му. Не е налице нито едно от лимитативно определените в чл.99,т.1-7 от АПК основания за издаване. Производството по образуването на производството за възобновяване е стартирало след изтичане на сроковете по чл.102, ал.1 и ал.2 от АПК. Съгласно трайната практика на ВАС /Решение №817/21.01.2021г. на ВАС, постановено по адм.д. №8972/2020г./ способите за отмяна на влязъл в сила

административен акт са предвидени в чл.99 от АПК, включително с оглед сроковете, в които това може да бъде направено. Нарушаването на преклузивните срокове за произнасяне и липсата на основание за възобновяване на административното производство води до нарушение на административнопроизводствените правила, респективно нарушение на материалния закон по издаването на акта. Настоящият случай не попада в хипотезата на чл.74 ЗУСЕСИФ, който позволява размерът на финансовата корекция да бъде увеличен по предложение на сертифициращ или одитен орган, доколкото с предходните две решения не е определена финансова корекция за така идентифицираното в процесното трето по ред решение нарушение на конкурентната а среда, напротив установено е че липсва нарушение, респективно нередност, тъй като именно по идентифициран в този смисъл сигнал за нередност НО е прекратил нередността /писмо изх.№99-00-3-2/15.01.2019г. /. При извършването на възобновяването също така не е спазена процедурата по чл.103 от АПК.

На следващо място по отношение на съответствието на решението с материалния закон, съдът счита и следното:

Съгласно разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ, като съгласно ал. 2, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Такъв акт е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата), приета с ПМС № 57 от 28 март 2017 г.

За да е приложима хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, даваща основание на УО да извърши финансова корекция, е необходимо да са налице кумулативно следните предпоставки: първо – нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера и второ – нередността да има или да би могла да има за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Наличието на тези две предпоставки следва да бъде установено от административния орган, в развилото се производство приключило с издаване на оспорвания акт. Легално определение на понятието "нередност" се съдържа в разпоредбата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, към която препраща чл. 69, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. "Нередност" 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.

В настоящия случай е прието извършено нарушение на чл.2, ал.2 от ЗОП с поставено в ТС изискване кандидатите да имат оторизация само от производител, без възможност от представяне оторизационно писмо от упълномощен доставчик. За същото на основание 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, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, на жалбоподателя е наложена финансова корекция. Съгласно чл.142, ал.1 от АПК съответствието на административния акт с материалния закон се преценява към момента на издаването му. Процесното решение е издадено към момента на действие на НАРЕДБА 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, в сила от 31.03.2017 г., Приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., Обн. ДВ. бр.27 от 31 Март 2017г., изм. ДВ. бр.68 от 22 Август 2017г., изм. ДВ. бр.67 от 23 Август 2019г., изм. и доп. ДВ. бр.19 от 6 Март 2020г. В Приложение №1 към чл.2, ал.1 са посочени вид нередности, описание нередност и процентните показатели, приложими за всеки един от тях. Безспорно в процесното решение, както и в двете предходни такива, необжалвани и влезли в законна сила, е идентифицирано нарушение на чл.59, ал.2 от ЗОП вр. Чл.2, ал.1 и ал.2 от ЗОП по отношение заложено изискване в техническата спецификация за наличие на оторизация от производител за оборудването и доставките в обхвата на обществената поръчка, което се споделя и от настоящия състав. Безспорно се установява, че така въведеното изискване има или би имало възпиращ ефект от подаване на оферта и съответно би могло да намали конкурентната среда въпреки обявяване на поръчката по съответния ред и в ОВ на ЕС предвид избраната по вид „открита“ процедура по смисъла на чл.18, ал.1, т.1 от ЗОП, даваща възможност на широк кръг икономически оператори да упражнят субективното си право по участие в проведената поръчка. От друга страна, българският законодател е предвидил, че финансовото отражение на така идентифицираната нередност неразривно се преценява с оглед наличието/липсата на предпоставките, предвидени в същото приложение с описанието на нередността и примери, т.е. законодателят обследва конкретното отражение на нередността при провеждането на възлагането, други проявления, включително с описание, за да може обосновано да се приеме и съответния процентен показател, пак предвиден в същото това приложение, финансова корекция. За да се квалифицира нарушението като такова, по т.11, б.„а“, е необходимо вида нарушение, използване на:- основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или- условия за изпълнение на поръчката, или- технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, да се отнася до критерии или условия, които не са дискриминационни по национален/регионален/местен признак, но водят до ограничаване на достъпа на кандидатите или на участниците до конкретната процедура за възлагане на обществена поръчка. Законодателят е дал примери случаите:

- минималните изисквания за възможностите на кандидатите/участниците са свързани с предмета на поръчката, но не са пропорционални;
- използвани са критерии за подбор като показатели за оценка на офертите;
- изискан е конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, търговска марка, патент, тип или конкретен произход, или производство, без да са добавени думите "или еквивалент", с изключение на случаите, когато такива изисквания са свързани с несъществена част от предмета на поръчката и

влианието върху бюджета на ЕС е само формално (без действително или потенциално финансово влияние);

Неправилно е подведено нарушението по т.11 „б.“а“, тъй като в случая нито една от визираните предпоставки, а така също и показаните примери от законодателя не са налични. Направена е съпоставка съдържанието на техническите предложения на други двама участници в процедурата с оглед наличие/липса на документ за оторизация, като е достигнато до заключение, че не е осигурено минимално ниво на конкуренция по смисъла на Насоките от 2019г., транспонирани в националното законодателство в Наредбата за посочване на нередности като т.11, б.“а“ от Наредбата. Съдът приема, че нередността не покрива хипотезата на нормата в т.11, б.“а“, нито един от посочените примерни нарушения не е извършен, т.е фактическият състав правилно е бил подведен с предходното решение като нередност по смисъла на т.11, б.“б“ от същото приложение. Това са 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“. Законодателят изрично е предвидил конкурентната среда да бъде отчитана само и единствено в смисъл приложението на дискриминационните спецификация, като минималното ниво конкуренция се измерва само и единствено при съпоставка брой получени оферти и колко от тях са били допуснати като отговарящи на критериите за подбор, не следва нормата да се тълкува разширително в смисъл да се извършва анализ колко от тях са представили технически предложения, които отговарят на изискванията. Наличието/липсата на конкурентна среда законодателят свързва с брой подадени оферти и преминаването на същите през първия етап от разглеждането на оферти, а именно допускането им до разглеждане технически предложения поради съответствие на участниците с поставени критерии за подбор. Извършеното в последствия от страна на оценителната комисия оценяване, респ. отстраняване на последващите два етапа – разглеждане технически предложения, съответно отваряне и оценяване ценовите оферти, не се отразява върху наличието/липсата на конкурентна среда в смисъла, даден от законодателя при определяне категорията нередност по чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕСИФ вр. Идентифицирането и определянето на финансова корекция с конкретно финансово изражение по реда на подзаконовия нормативен акт.

Като постановено при допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила и в нарушение на материалния закон, решението следва да бъде отменено.

С оглед на изхода от спора, претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноски е основателна и следва да бъде уважена. Разноските се констатираха в размер на 496,44 лева за платена държавна такса, които Министерство на регионалното развитие и благоустройството следва да бъде осъдено да заплати на Изпълнителна агенция „Морска администрация“. Юрисконсултско възнаграждение не се претендира, поради което и същото не следва да бъде присъждано.

Мотивиран от гореизложеното, Административен съд София - град, III отделение, 67 състав

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ Решение №РД-02-14-545/23.05.2022г. на и.д. Директор и ръководителя на

Националният орган по Програма И. V-A Румъния – България 2014-2020г. /вх.№ при жалбоподателя Н-1/26.05.2022г./, с което на основание чл. 73, ал.1-3 от ЗУСЕСИФ поради установени нарушения, квалифицирани като нередност по смисъла на т.11, б. „а“ от Приложение №1 към чл.2, ал.1 от Наредбата за посочване на нередности, приета с ПМС №57/2017г. е увеличен размерът на финансова корекция до пълния размер - 10% от допустимите разходи, финансирани от ЕСИФ по сключения договор №D-26/13.08.2018г. с изпълнител „СТЕМО“ ООД на стойност 1055364,95 лв. без ДДС след проведена обществена поръчка с предмет: „Доставка на интегрирана система за корабна инспекция – софтуерен пакет с електронна база данни и оборудване“.

ОСЪЖДА Министерството на Регионалното развитие и благоустройството да заплати на Изпълнителна агенция „Морска администрация“ с ЕИК[ЕИК], със седалище [населено място] 1000, [улица], представлявана от к.д.п. В. И. – изпълнителен директор сумата от 496,44 лв /четиристотин деветдесет и шест лева и четиридесет и четири стотинки/ разноси по делото.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд на Република България, в 14-дневен срок от съобщението.

СЪДИЯ: