

РЕШЕНИЕ

№ 5775

гр. София, 12.10.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 15 състав,
в публично заседание на 13.09.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Росица Цветкова

при участието на секретаря Дора Тинчева и при участието на прокурора Тони Петрова, като разгледа дело номер **3729** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс /АПК/ във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/.
Образувано е по жалба на Министерство на образованието и науката - [населено място] срещу Решение № 02–21/30.03.2022г., издадено от ръководителя на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор № Д 03-42/08.10.2020г., с изпълнител „Телелинк Бизнес С.“ на стойност 4 981 974.88 лв. без ДДС или 5 981 974.66 лв., като максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 1 495 493.67 лева. Жалбоподателят излага подробни доводи за нищожност на обжалваното решение, поради недопустимост на административното производство, доколкото за същата констатация по същата процедура са налице влезли в сила съдебни решения, с които със сила на присъдено нещо е установено, че МОН не е извършило констатираните нарушения. В тази връзка се сочи, че оспореният административен акт противоречи на съдебно решение и на

основание чл. 177, л. 2 от АПК е нищожен. В условията на евентуалност сочат, че оспореният акт е незаконосъобразен, доколкото не е налице соченото нарушение, поради което искат неговата отмяна. Претендира се присъждане на съдебни разноски за държавна такса.

Ответникът - Ръководителя на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, чрез процесуален представител оспорва жалбата като неоснователна и моли съда да я отхвърли по подробно изложени съображения.

Съдът, като прецени събраните по делото доказателства, доводите и възраженията на страните, намира за установено от фактическа страна следното:

С оспореното Решение № 02–21/30.03.2022г. на Изпълнителен директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ /ОП НОИР/ и Ръководител на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, на основание чл. 73, ал.1 във вр. с чл.70, ал. 1, т.9 и чл.9, ал.1 и ал.5 от ЗУСЕФСУ, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по ЗУСЕФ, приета с ПМС №57/28.03.2017г., на основание чл. 143, параграф 2, във връзка с чл. 2, параграф 15 и параграф 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и Съвета, чл. 14, ал. 2 и ал. 3 от Наредбата за администриране на нередности по Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 173 от 13.07.2016г., на Министерство на образованието и науката, е определена на финансова корекция в размер 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия Договор № Д03-42/08.10.2020 г. с изпълнител „Телелинк Бизнес Сървис“ ЕАД на стойност 4 984 978,88 лв. без ДДС (5 981 974,66 лв. с ДДС) в резултат на проведена обществена поръчка с предмет „Проектиране и изграждане на облачна среда и проектиране и внедряване на система за управление на идентичността и достъпа на потребителите - експерти, педагогически кадри, ученици и родители“. На основание чл. 5, ал. 3 от

горепосочената Наредба (обн., ДВ, бр. 27 от 2017 г.; изм. и доп., бр. 68 от 2017 г., бр. 67 от 2019 г. и бр. 19 от 2020г.), максималната стойност на финансовата корекция е 1 495 493,67 лв. (един милион четиристотин деветдесет и пет хиляди, четиристотин деветдесет и три лева и шестдесет и седем стотинки).

За да наложи оспорената финансова корекция УО е приел, че бенефициента е извършил нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 39, ал. 3, т.1, б. „ж“ от ППЗОП във връзка с чл.2, ал.1, т. 1 и т.2 от ЗОП – използване на условия за изпълнение на поръчката, които са дискриминационни на базата на необосновани национални изисквания и води до възпрепятстване на стопанските субекти да участват в процедурата по възлагане на обществената поръчка и което представлява нередност по т. 10, буква „а“ - „от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ. Конкретното основание за тази преценка е въведеното изискване към участниците, които не са оторизирани пряко от съответния производител, да са оторизирани от официален представител на производителя за Р. България да предлагат и поддържат цялото предложено оборудване и софтуер.

По делото безспорно се установява, че в техническото задание „Проектиране и изграждане на облачна среда и проектиране и внедряване на система за управление на идентичността и достъпа на потребителите – експерти, педагогически кадри, ученици и родители“, т. 5. „Изисквания към изпълнение на поръчката“, подточка 5.1 „5.1. Общи изисквания към изпълнението на обществената поръчка“ е включено следното изискване: „Участниците в настоящата обществена поръчка, трябва да са оторизирани от производителя/ите или от негов/и официален/и представител/и за Р. България да предлагат и поддържат цялото предложено оборудване и софтуер, както следва:

- Виртуализация;
- Платформа за управление на виртуалните ресурси;

- CWDM;
- Платформа за наблюдение и анализ на виртуалната инфраструктура;
- Платформа за наблюдение и анализ на приложения.

Като неразделна част от техническото си предложение, участниците следва да приложат копие на документ/и, удостоверяващ/и съответствие с описаното от Възложителя изискване.“

Констатираните нередности са посочени в писмо за стартиране на процедурата за определяне на финансова корекция, изпратено чрез ИСУН 2020, кореспонденция рег. номер BG05M2OP001-2.012-0001-C03-M071 от 18.11.2020 г., като на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, в срок от две седмици от получаване на уведомлението на бенефициента е дадено право да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. На 08.02.2022 г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. № BG05M2OP001-2.012-0001-C03-M119 бенефициентът Министерство на образованието и науката е подал своите възражения. Основното възражение е, че на същото фактическо основание вече е било издадено решение за финансова корекция, което е отменено по съдебен ред – с решение № 2036 от 29.03.2021г. по адм.дело № 12576/2020г. на Административен съд – София – град, оставено в сила с решение № 11808 от 18.11.2021г. по административно дело № 6178/2021г. на ВАС. В условията на евентуалност се обосновава, че не е налице твърдяната нередност. Възраженията са приети за неоснователни и като резултат е издадено оспореното решение.

Безспорно е по делото, че по повод на същите фактически установявания, но квалифицирани като друг вид нередност – използване на техническа спецификация, която е дискриминационна, УО вече е издавал решение за налагане на финансова корекция, което е било отменено по съдебен ред - с решение № 2036 от 29.03.2021г. по адм.дело № 12576/2020г. на Административен съд – София – град, оставено в сила с решение № 11808 от 18.11.2021г. по административно дело № 6178/2021г. на ВАС. Видно от мотивите на ВАС, решението на първоинстанционния съд е оставено в сила,

но с коригиращи мотиви. Указание за това е констатацията, че решението е правилно като резултат – от една страна, а от друга – изричното указание в края на мотивите, че изискването участниците да се оторизирани от официални представители на производителя за територията на Р. България е ограничително.

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е процесуално допустима: подадена е срещу акт, подлежащ на съдебен контрол за законосъобразност, от заинтересована страна и в преклузивния законов срок за обжалване.

Разгледана по същество, същата е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, Агенцията изпълнява функциите на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020 и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Според разпоредбата на чл. 6, т. 1 от Устройствения правилник на ИА „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, изпълнителният директор е ръководител на управляващ орган по „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020. В конкретния случай е оспореното решение е подписано от Г. В. – изпълнителен директор и Р. на ОПНОИР. С оглед на горното съдът прави извод, че оспореното решение е издадено от компетентен административен орган. Съдът приема, че оспореният административен акт не е издаден в нарушение на чл. 177, ал. 2 АПК. Съгласно посочената разпоредба, актове и действия на административния орган, извършени в противоречие с влязло в сила решение са нищожни. Влязлото в сила съдебно решение се характеризира не само с формална законна сила, т. е. с

необжалваемост, стабилитет, но и с материална законна сила, т. е. задължителност, сила на пресъдено нещо. Силата на пресъдено нещо, нейните обективни и субективни предели, определят това, за което и тези, спрямо които властническият държавен акт, каквото е съдебното решение, има действие. В случая с влязлото в сила съдебно решение е прието, че в предходния административен акт неправилно са посочени нарушенията по ЗОП. Със съдебното решение на ВАС е прието, че от възложителя са били въведени ограничителни изисквания, но те не са били въведени редовно като фактическо основание за налагане на корекцията, поради което актът на административния орган правилно е приет за незаконосъобразен от първоинстанционния съд. С отмяната на Решение № 02-445 от 07.12.2020г. на Р. на ОПНОИР в правния мир е престанал да съществува акт, определящ финансова корекция на съответното основание. В правния мир няма влязло в сила съдебно решение, което да е установило липса на соченото нарушение, които обосновават нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, и съответно са основание за определяне на финансова корекция, поради което няма и влязъл в сила акт по смисъла на чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, с който за процесните нередности да е определена финансова корекция.

На следващо място съдът приема, че 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 ЗУСЕФСУ. 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 ЗУСЕФСУ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

При преценката на материалната законосъобразност на акта, съдът взе предвид наложената интерпретация на подобно изискване от страна на възложителите в съдебната практика на ВАС, проявена в обсъжданото Решение № 11808 от 18.11.2021 г. на ВАС по адм. д. № 6178/2021 г., както и в Решение № 13260 от 23.12.2021 г. на ВАС по адм. д. № 7405/2021 г., Решение № 8906 от 29.07.2021 г.,

постановено по адм. дело № 5037/2021 г., Решение № 9268 от 24.08.2021 г. на ВАС по адм. д. № 4879/2021 г. и приема следното: Поставеното изискване не е интерпретирано погрешно от административния орган. Възложителят е дал възможност оторизацията да се получи или от производителя директно, или от действащ на територията на Република България негов официален представител, което означава че са били изключени лицата, притежаващи обща оторизация, т. е. такава, която не е обвързана териториално с определена държава/държави. Смисълът от въведеното изискване относно оторизационните права, е в осигуряване на гаранцията, че изпълнителят ще може действително да ги достави, както и да предложи качествена поддръжка на съответните продукти. Със сигурност тези дейности могат да се изпълнят от икономически оператор, който разполага с оторизационни права за територията на Република България. Безспорно обаче те могат да бъдат изпълнени с не по-лошо качество от потенциални участници, които притежават надлежни права по придобита от тях обща оторизация, т. е. такава, която не е обвързана териториално с определена държава/държави, в условията на упражняваната от тях международна стопанска дейност. Именно това дава основание на настоящия състав да приеме, стъпвайки на цитираната по-горе практика на ВАС, че подобно териториално ограничение в обхвата на оторизационните права необосновано препятства участието в съответната възлагателна процедура на лица, притежаващи обща оторизация, обхващаща съответните дейности. След като допустимостта на този кръг от потенциални участници е обусловена от предприемането на допълнителни действия по снабдяване с изрична оторизация за територията на България, и доколкото тези лица на практика разполагат с аналогична възможност да извършват визираните действия и въз основа на тяхната обща оторизация, същите са необосновано възпрепятствани от участие в процедурата, в нарушение на чл. 2, ал. 1, т. 1 и т. 2 и ал. 2 ЗОП. Нарушението, както органът правилно е съобразил, е довело до дискриминация, базирана на необосновани национални, регионални или местни изисквания. Нарушението правилно е съотнесено към състава за нередност по т. 10, б. "а" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности – "Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, възлагане, условия за изпълнение на поръчката, или технически

спецификации, които са дискриминационни на базата на необосновани национални, регионални или местни изисквания", които са довели до възпрепятстване на стопански субекти да участват в процедурата за възлагане на обществена поръчка.

С оглед гореизложеното може да се направи заключение, че са налице и трите елемента на фактическия състав на понятието за "нередност". Първият от елементите — действие или бездействие на икономически оператор е налице, защото Министерство на образованието има качество на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове. В качеството си на икономически субект, страна по договор за безвъзмездна финансова помощ, жалбоподателят е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на средства финансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Вторият елемент - това действие или бездействие да води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, по изложените по-горе съображения съдът приема също за установен. По отношение на наличието на третия елемент – вреда: еднопосочна е практиката на Върховния административен съд и на Съда на Европейския съюз (СЕС), че нито националното законодателство, нито законодателството на Съюза поставят като изискване за наличието на реална вреда. 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 на вредата. Това тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 Регламент № 1303/2013 е трайно установено по повод на идентичните дефиниции в Регламент № 2988/1995, Регламент № 1083/2006, както и други секторни регламенти (виж решение *I. v С.*, C-199/03, EU: C: 2005: 548, т. 31; решение *Chambre LTIndre*, C-465/10, EU: C: 2011: 867, т. 47; решение *Firma*, C-59/14, EU: C: 2015: 660, т. 24; решение *Wrocyaw*, EU: C: 2016: 562, т. 44).

Тъй като естеството на допуснатото нарушение не позволява да се определи неговото точно финансово отражение върху изразходваната безвъзмездна финансова помощ, административният орган в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ правилно е приложил пропорционалния метод и в съответствие с вида на установената нередност

е наложил финансова корекция в размер на 25% върху предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор.

По изложените съображения съдът приема, че оспореният акт е законосъобразен и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

Разноски по делото от страна на ответника не са претендирани.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 15 състав,

Р Е Ш И:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Министерство на образованието и науката - [населено място] срещу Решение № 02–21/30.03.2022г., издадено от ръководителя на Управляващия орган (УО) на ОП НОИР 2014-2020, с което на Министерство на образованието и науката е определена финансова корекция в размер на 25 на сто върху предоставената безвъзмездна финансова помощ по договор № Д03-42/08.10.2020г. на стойност 4 981 974.88 лв. без ДДС или 5 981 974.66 лв., като максималната стойност на финансовата корекция е в размер на 1 495 493.67 лева.

Решението подлежи на обжалване пред Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ: