

РЕШЕНИЕ

№ 16195

гр. София, 13.05.2025 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 73 състав, в
публично заседание на 02.04.2025 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Елеонора Попова

при участието на секретаря Снежана Тодорова и при участието на прокурора Надя Загорова, като разгледа дело номер **201** по описа за **2025** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 73, ал. 4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (загл. изм.- ДВ бр. 51/2022 г., в сила от 01.07.2022 г., ЗУСЕФСУ), вр. с чл. 145 - 178 от Административно процесуалния кодекс (АПК).

Образувано е по жалба на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура", [ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 от 06.02.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция в размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнението на договор №11440/28.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД "Консултант ВДС" на стойност 9 110 997.00 лв. без ДДС с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница“ в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“.

В жалбата се релевират доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствените правила. По отношение на първото нарушение, според жалбоподателя, изложените от органа мотиви не обосновават нарушение на чл. 2 и не са обвързани с чл. 46, ал.1 от ЗОП. Решението за неразделяне на поръчката е взето по целесъобразност, което не подлежи на контрол от страна на УО и е в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя. Досежно констатация 2.

жалбоподателят изтъква, че дейността на консултанта е пряко свързана с безопасността на превозите, ако изискването за съответна правоспособност съгласно изискванията на Наредба №56 от 14.02.2003 г. следва да е изпълнено към момента на сключването на договора, съществува риск за Възложителя- участника, който е избран за изпълнител, да не докаже в срока изискването, че разполага с експерт със съответната правоспособност, което би възпрепятствало подписването на договор и възлагането на обществена поръчка. По констатация 3, а именно нарушение на чл. 2, ал.2 от ЗОП, вр. чл.59, ал.2 от ЗОП, жалбоподателят твърди, че поставеното изискване е обосновано и необходимо за получаване на качествена консултантска услуга. Прави искане за отмяна на обжалвания административен акт. Претендират се разноски.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуалния си представител– юрисконсулт Л. поддържа жалбата. Позовава се Съдебно- техническата експертиза, като изтъква, че трите договора са взаимнообвързани и заради това ако би била разделена консултантската услуга на 3 договора, то това ще доведе до дублиране на функциите, но не само до дублиране, но може би и до липса на синхронизация, защото взаимодействието между трите договора е изключително важно и именно за това консултантът, който изпълнява оценка за съответствието и осъществява строителен надзор, той трябва да проследи целия строителен процес на всички съоръжения и железен път, за да може да бъдат синхронизирани абсолютно всички системи, целият железопътен участък. Моли решението на УО да бъде отменено по мотиви, подробно описани в жалбата. Претендира присъждане на разноски за всички съдебни инстанции, съгласно списък.

Ответникът, ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020 година, чрез процесуален представител, оспорва жалбата като неоснователна. Придържа се към съображенията, изложени в становището под №120041/08.05.2024 г. Оспорва експертизата като изцяло немотивирана, противоречива, несъответна на приложимия материален закон- ЗУТ. Сочи, че вещото лице е изследвало въпроси, които не са му зададени. Претендира експертизата да не се взема предвид при постановяването на решението. Представя подробното становище. Моли жалбата да бъде отхвърлена. Претендира разноски за един процесуален представител в минимален размер.

Представителят на Софийска прокуратура дава мотивирано становище за основателност на жалбата.

Административен съд София град, III-то отделение, 73- ти състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Във връзка с постъпило проектно предложение в ИСУН № BG16M1OP001-1.001-006 „Модернизация на железопътна линия С. – Драгоман – сръбска граница жп участък В. – Драгоман – фаза 1“, между Министерството на транспорта и съобщенията, представлявано от М. Г. – и.д. Директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на УО на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 (ОПТТИ), и С. К. – началник отдел „Финансово управление“ на дирекция „Координация на програми и проекти“, УПРАВЛЯВАЩ ОРГАН от една страна и Национална компания „Железопътна инфраструктура“ (Н.), представлявано от инж. З. К.– генерален директор, БЕНЕФИЦИЕНТ от друга страна, е сключен Административен договор за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ по ОПТТИ 2014-2020, процедура № BG16M1OP001-1.001 с рег. № ДОПТТИ-2/2022 г.

Съгласно чл. 2.1 от Договора ръководителят на УО може да предостави на бенефициера безвъзмездна финансова помощ в максимален размер до 166 208 229.41 лв. от общите допустими разходи за проекта по ОПТТИ, приоритетна ос 1 „Развитие на железопътната инфраструктура по „основната“ и „разширената“ Трансевропейска транспортна мрежа“ за изпълнение на проект №

BG16M1OP001-1.001-0006 „Модернизация на железопътна линия С. – Драгоман – сръбска граница: жп участък В. – Драгоман – фаза 1“.

С Решение №6/05.02.2020 г. на Бенефициента- Национална компания „Железопътна инфраструктура“ е обявена открита процедура по възлагане на обществена поръчка с предмет: Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С. – Драгоман – Сръбска граница“ в участъка В. – Драгоман – Сръбска граница.

В резултат от проведената обществена поръчка с Решение №108/09.12.2020 г. за определяне на изпълнител на обществената поръчка на първо място е класиран ДЗЗД „КОНСУЛТАНТ ВДС“.

На 28.06.2021 г., на основание чл. 112 ЗОП и въз основа на проведена открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С. – Драгоман – сръбска граница“ в участъка В. – Драгоман – Сръбска граница, и Решение №108/09.12.2020 г. на Генералния директор на ДП „НК ЖИ“ за определяне на изпълнител, е сключен Договор № 11440/28.06.2021 г. между ДП Национална компания „Железопътна инфраструктура“- Възложител и ДЗЗД „Консултант ВДС“- Консултант.

Според чл.1, ал.1 предметът на договора е: Възложителят възлага, а Консултантът приема да предостави, срещу възнаграждение и при условията на този Договор работите в обхвата на обществената поръчка с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.– Драгоман– Сръбска граница“ в участъка В.– Драгоман– Сръбска граница.

Съгласно чл.1, ал.2 от Договора, дейностите в обхвата на обществената поръчка, се извършват по отношение на договори за строителство и проектиране и строителство с предмет:

1. Договор: Модернизация на жп линия С.– Драгоман– Сръбска граница, участък В.– Драгоман“, по обособени позиции: Позиция №1 „Проектиране на железен път, контактна мрежа, съоръжения, строителство и авторски надзор на участък В. – П.“;
2. Договор: Модернизация на жп линия С.– Драгоман– Сръбска граница, участък В.– Драгоман“, по обособени позиции: Позиция №2- „Строителство на железен път, контактна мрежа, съоръжения на участък П.– Драгоман, проектиране, строителство и авторски надзор на системи за сигнализация и телекомуникации на участък В. – Драгоман“;
3. Договор: „Проектиране и строителство на Европейска система за управление на влаковете (ERTMS) за проект „Модернизация на железопътната инфраструктура в участъка „В.– Драгоман– Сръбска граница“.

Конкретните договори във връзка с изпълнението на проектиране/строителство и строителство по проект за модернизация на жп линии в участъка В. - Драгоман - Сръбска граница са:

- Договор № 11366/22.03.2021 г. с изпълнител „Б.“ ДЗЗД на стойност 101 198 900 лв. без ДДС (Договор 1) за проектиране на железен път, контактна мрежа, съоръжения, строителство и авторски надзор на участък от км 9+200 (в междугарието В. - П. до км 21+ 305.88 (начало на проект „П. - Драгоман“), включително пътен надлез/подлез на км 21+405).

- Договор № 11365/22.03.2021 г. с изпълнител „Терна“ АД на стойност 302 500 000 лв. без ДДС (Договор 2) за строителство на железен път, контактна мрежа, съоръжения и сгради на участък от нов км 21+305.88 (стар км 21+276) гара П. до км 42+158 в междугарието Драгоман - К., както и

проектиране, строителство и авторски надзор на маршрутно компютърна централизация и телекомуникационна система в участъка В. - Драгоман, в т.ч. на гара К., гара А., гара Драгоман и гара П..

- Договор 3 е за проектиране и строителство на Европейска система за управление на железопътното движение (ERTMS), сигнализация и GSM-R комуникации в участъка В. - Драгоман - сръбска граница.

Във връзка с извършен одит на операциите на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ през 2023 г., е направена проверка на проект № BG16M1OP001-1.001-0006-C01 „Модернизация на железопътна линия С.- Драгоман- сръбска граница: жп участък В.- Драгоман- фаза 1“.

С Писмо изх. № 04-18-23/08.12.2023 г. на Изпълнителния директор на ИА „Одит на средствата от Европейския съюз“ (ИА ОСЕС) е изпратен до Управляващия орган на ОПТТИ окончателен доклад за проект № BG16M1OP001-1.001.0006 „Модернизация на железопътна линия С.– Драгоман– сръбска граница: ЖП участък В.– Драгоман– фаза 1“ (ИМП № 1) с бенефициент ДП Н., с констатираны нарушения.

С писмо изх. № 07-00-564/15.12.2023 г., на Ръководителя на УО, на основание чл.72 и чл.73, ал.2 ЗУСЕФСУ, Бенефициентът е уведомен, че за констатираното нарушение на ЗОП, посочено в констатация №2, предстои да му бъде наложена финансова корекция в размер на 10 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за обществената поръчка № 11440/28.06.2021 г. с изпълнител ДЗЗД „Консултант ВДС“, като му е даден срок от две седмици от датата на получаване да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства.

С писмо изх. № ЖИ-54320/ 28.12.2023 г. Бенефициентът представил възражение по основателността и размера на финансовата корекция, вх. № 07-00-564/ 28.12.2023 г. в МТС.

С оспорваното в настоящото производство Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 от 06.02.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г., издадено на основание 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, във вр. с чл. 73, ал. 1 и чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, във връзка с §70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ, чл. 2, ал. 2 от ЗОП, и на основание във връзка с §70 от ПЗР на ЗУСЕФСУ, е наложена:

I. Финансова корекция на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура", в размер на 10 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнението на договор №11440/28.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД "Консултант ВДС" на стойност 9 110 997.00 лв. без ДДС с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница“ в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“.

II. Финансовата корекция по договор № 11440/28.06.2021 г. има влияние в размер на 231 491,73 лева върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“

III. Финансовата корекция по договор № 11440/28.06.2021 г. има влияние размер на 231 491,73 лева върху размера на сертифицираните разходи към Европейската комисия.

IV. На основание чл. 42, ал.1 и чл. 43, ал. 1 от Наредба Н-3 от 22.05.2018 г. на Министерството на финансите, сумата по финансовата корекция, в размер на 231 491,73 лева, представляваща верифицирана и изплатена безвъзмездна финансова помощ, следва да се възстанови доброволно от бенефициента Национална компания "Железопътна инфраструктура" на Управляващия орган

на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“.

В мотиви на решението за определяне на ФК се съдържат три броя констатации за нарушение на Закона за обществените поръчки (ЗОП), както следва:

Констатация №1: Незаконосъобразен предмет на обществената поръчка.

Нарушението се изразява в две насоки:

1.1. Включването в предмета на обществената поръчка на оценка на съответствието, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране и строителство на няколко обекта, възпрепятства участието на икономически оператори, които могат да изпълнят част от поръчката, доколкото:

1.1.1. с окрупняването на предмета на поръчката и свързаното с него условие за опит, възложителят необосновано е ограничил участието на лицата, които имат опит в изпълнението само по съответния обект, включен в договор 1, 2, или 3.

1.1.2. с окрупняването на предмета на поръчката и свързаното с него условие за ключови експерти ERTMS/ETCSH ERTMS-GSM-R е ограничено участието на икономически оператори, разполагащи с необходимите експерти с опит в изпълнението на строителен надзор за обект железен път и изграждане на телекомуникационни и комуникационни системи, жп естакади или жп виадукт и т.н., но които експерти не са изпълнявали функциите на ключови експерти ERTMS/ETCSH ERTMS-GSM-R.

1.2. Съгласно техническата спецификация всеки участник следва да представи предложение, което касае изпълнението на трите договора от предмета на поръчката. Констатирана е липса на необходимата информация относно договор 3, което възпрепятства участниците да подготвят своята оферта, което има разубеждаващ участието ефект.

След разглеждане на възражението на бенефициента е прието, че се потвърждава констатация № 1. Нарушен е чл.2, ал. 2 във връзка с чл.49, ал.1 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т.12 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 фондове при споделено управление (загл. на Наредбата изм. – ДВ, бр. 59 от 2024 год., Наредба за посочване на нередности), за която е определена ФК в размер на 10 % от разходите по засегнатия договор.

Констатация №2: Незаконосъобразно ограничение по национален признак в нарушение на чл.2, ал. 2, квалифицирано като нередност по т.10, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която е определена ФК в размер на 10 % от разходите по засегнатия договор. Прието е, че изискването за наличие на призната професионална квалификация още при подготовка и подаване на офертата е ограничително и води до необосновани административни трудности за участниците, включили в екипа си за изпълнение чуждестранни специалисти.

Констатация №3: Ограничителни изисквания в нарушение на чл.2, ал. 2 от ЗОП, във вр. чл.59, ал.2 ЗОП, квалифицирано като нередност по т.11 „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която е определена ФК в размер на 5% от разходите по засегнатия договор. Според РУО поставеното от възложителя изискване за опит на ключов експерт „Планиране и плащане“ необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които разполагат с такъв експерт, с изискуемото образование и експертиза, но чиито опит не е свързан с упражняване на строителен надзор на железопътна инфраструктура, а е придобит в друга сфера, свързана с плащания и/или финансова отчетност по договори.

По делото е приета административната преписка.

Допусната е и приета в настоящото производство Съдебно-техническа експертиза. Видно от заключението на СТЕ в отговор на поставения въпрос: При изпълнение на консултантската услуга по всеки един от трите строителни договори Консултантът, извършващ оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ и строителен надзор трябва ли да се запознае, съобрази и извърши оценка както за съответния договор, така и за останалите два договора?, вещото лице е дало следния отговор: Консултантът по всеки от трите Договора трябва да се запознае и съобрази с останалите два договора. На поставения втори въпрос: Ако изпълнението на Консултантската услуга по отношение на трите строителни договори е разделена между трима изпълнители, това би ли довело до дублиране на задължения на консултантите, включително дублиране на дейност 2. Дейност 4 и дейност 7 от Техническата спецификация на строителните договори? е даден следния отговор: Да, това би довело до частично дублиране на задължения на трима консултанти, защото се касае за изпълнение на релсов път по едно трасе. Договор 1 и Договор 2 имат обхват две последователни жп трасета, които са част от един линеен участък, а договор 3 касае изграждане на Европейска система за управление, чийто териториален обхват покрива жп трасето по Договор 1 и Договор 2 т.е. териториални обхват на Договор 3 изцяло покрива териториалния обхват на Договор 1 плюс Договор 2. Освен териториално трите Договора са и функционално свързани и взаимнообвързани всеки със всеки.

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

Жалбата е подадена от надлежна страна, имаща право и интерес от оспорването в срока по чл. 146, ал.1 от АПК, което обуславя нейната допустимост.

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.

Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ) е изменен и допълнен със Закон за изменение и допълнение (ЗИД) на ЗУСЕСИФ обнародван в ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 01.07.2022 г. С разпоредбата на § 1 от ЗИД на ЗУСЕСИФ наименованието на закона се изменя така: "Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление". Съгласно разпоредбата на § 70 от ЗИД на ЗУСЕСИФ до приключването на програмите за програмен период 2014– 2020 г., съфинансирани от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), разпоредбите на ЗУСЕСИФ, отменени или изменени с този закон, запазват своето действие по отношение на управлението на средствата от ЕСИФ, както и по отношение на изпълнението и контрола на тези програми.

Съгласно чл. 73, ал. 1 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. второ от ЗУСЕФСУ ръководител на управляващия орган е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира управляващият орган, или оправомощено от него лице. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на транспорта и съобщенията, който със Заповед № РД-08-302/19.06.2022 г. е оправомощил М. Г. Г.-директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ да изпълнява функциите на ръководител на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. С оглед на това обжалваното Решение за определяне на финансова корекция № ФК-7/07.03.2024 г. е издадено от компетентен орган.

Законодателят в чл. 73, ал. 2 и ал. 3 от ЗУСЕФСУ е уредил процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. 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. Решението по ал. 1 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията по ал. 2, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. В случая, на бенефициента е дадена възможност да направи възражения и представи допълнителни доказателства, от която същият се е възползвал.

Съдът приема, че е спазено изискването за писмена форма на акта. От формална страна, актът съдържа фактически и правни основания с оглед изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

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. Наличието на нарушение, не е достатъчно за определяне на финансова корекция. Необходимо е да е изпълнен целият фактически състав на „нередност“ по смисъла на цитирания Регламент, за да може да бъде определена финансова корекция. Т.е., за да се наложи финансова корекция следва да е налице основание-нередност, съставляваща нарушение, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ.

Нормата на чл. 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 ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ участва като бенефициент в изпълнението на помощта по Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014 – 2020, несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл.2, т.36 от Регламент 1303/2013г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Съдът следва обстойно да обсъди в настоящото решение, налице ли са вторият и третият елемент на определението за „нередност“, за да се приеме, че наложената с оспорения акт финансова корекция е законосъобразна.

В тежест на административния орган, с оглед на чл.170 ал.1 от АПК е да докаже и обоснове фактическия състав на „нередността“, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. Следва да докаже, вторият елемент- нарушения на правото на Съюза или националното право, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка, както и третият, който се изразява в настъпила вреда за общия бюджет на Европейския съюз или такава, която би могла да настъпи. Необходимо е да е налице и причинна връзка между извършеното нарушение/с действие или бездействие от стопанския субект– т.нар. икономически оператор/ и настъпването на вредата респ. такава вреда, която би могла да настъпи.

В обжалвания акт е посочено правно основание чл.70, ал.1, т.9 от ЗУСЕФСУ, съгласно който финансова подкрепа със средства от ЕФСУ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на следните основания: а именно т.9 за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват

финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет. Приложима в тази хипотеза е 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. Съгласно чл. 1, т. 1 от Наредбата за посочване на нередности, с наредбата се посочват случаите на нередности, съставляващи нарушения на приложимото право, извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ. Следователно именно в този нормативен акт се съдържат приложимите материалноправни разпоредби за определянето на едно действие или бездействие като нарушение, респективно нередност за целите на налаганите финансови корекции. Съгласно чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередностите, нередностите по чл. 1, т. 1, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях са посочени в приложение № 1.

Относно Констатация №1: Незаконосъобразен предмет на обществената поръчка. Тезата на УО на ОПТТИ е, че предметът на поръчката е за консултантска услуга във връзка с проектиране/строителство и строителство на договор 1 и 2, както и на изграждане на Европейска система за управление на железопътното движение (ERTMS), сигнализация и GSM-R комуникации в участъка В.- Драгоман- сръбска граница, като третият договор не е възложен, поради което нейното внедряване все още не е започнало. В случай, че предметът е разделен на обособени позиции, критериите за подбор относно опита в услуги за изграждане на система ERTMS/ETCS и ERTMS/GSM-R и наличието на Ключови експерти ERTMS/ETCS и ERTMS/GSM-R няма да са приложими към договори 1 и 2, следователно и други икономически оператори биха участвали в поръчката. Освен това в Договор 2 се предвижда изграждането на железен път и на телекомуникационни и комуникационни системи на най- малко 2 съседни гари, но не се предвижда проектиране и строителство на ERTMS. Следователно, включвайки в предмета на поръчката дейности, които представляват интерес на различни групи икономически оператори, възложителят необосновано е ограничил участието на лицата в процедурата и е поставил пречки пред конкуренцията. Според УО от участие в процедурата са отстранени 4 от 7-те участника, като сред основанията за отстраняването на трима от тях са несъответствие на техническото предложение с изискванията за изпълнение на поръчката и по-специално: „липсва начина на управление на взаимодействието между участниците в процеса на проектиране“, „не са определени конкретни задачи/действия, произтичащи от взаимодействието между Договор 1, Договор 2 и Договор 3“ и др. С тези мотиви УО и въпреки

направените възражения, потвърждава констатация 1, за извършено от бенефициента нарушение на чл. 2, ал. 2, във връзка с чл. 49, ал. 1 от ЗОП, представляващо нередност по т. 12 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередност, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за което е определена финансова корекция в размер на 10 %.

Съгласно чл. 2, ал.1 ЗОП Обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС) и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: 1. равнопоставеност и недопускане на дискриминация; 2. свободна конкуренция; 3. пропорционалност; 4. публичност и прозрачност. Според ал.2 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, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Съгласно нормата на чл. 46, ал.1 ЗОП при подготовката за възлагане на обществена поръчка възложителят преценява възможността за разделянето ѝ на обособени позиции. Когато реши, че не е целесъобразно разделянето на обществената поръчка на обособени позиции, в решението за откриване на процедурата възложителят посочва причините за това.

В разпоредбата на чл. 49, ал.1 ЗОП е визирано, 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.

Съдът, кредитира приетата по делото СТЕ, макар и оспорена от ответника, като счита, че същата е компетентно изготвена, при използване на специални знания и даваща в същността си отговор на поставените въпроси. Установи се, че изпълнението на консултантските услуги по трите договора на три различни консултанта е невъзможно предвид спецификата и предмета на консултантската услуга. В подкрепа на това вещото лице сочи, че ако има трима консултанти е нормално техните функции в някаква степен да се дублират, защото изпълнението на всеки договор изисква синхронизиране с останалите два. При наличие на три отделни Консултантът ще трябва трикратно да се заплати възнаграждение за една и съща дейност, което би било икономическа грешка. От друга страна Договор 1 и Договор 2 имат обхват две последователни жп трасета, които са част от един линеен участък, а договор 3 касае изграждане на Европейска система за управление, чийто териториален обхват покрива жп трасето по Договор 1 и Договор 2, т.е.

териториални обхват на Договор 3 изцяло покрива териториалния обхват на Договор 1 плюс Договор 2. Съществува комплексна обвързаност при изпълнението на дейностите по проектиране и строителство на системите за сигнализация и телекомуникация и внедряването на маршрутно-компютърна централизация, обвързана с Европейската система за управление на влакове ERTMS, т.е. през цялото изпълнение на трите договора задължително трябва да се координира взаимовръзката на всички компоненти по тяхното изпълнение. В този случай разделянето на обособени позиции на поръчката е „обективно невъзможно, защото поръчката е неделима и се изисква единен подход. Възлагането на повече от един изпълнител би създал затруднения на Възложителя и би се осуетило завършването на поръчката в изискуемия срок“. Отчетено е от вещото лице, че отсечката П.-Драгоман попада в основната мрежа на широкообхватната мрежа на Европейския съюз, за която се изисква съответствие с Директива 2008/57/ЕО на Европейския парламент, както и да отговаря на изискванията на ТСОС: Регламент № 1299/2014 за техническите спецификации за оперативна съвместимост по отношение подсистемата „Инфраструктура“ на жп системата в ЕС /ТСОС ИНФ/; Регламент № 1300/2014 за техническите спецификации за оперативна съвместимост, свързана с достъп на лица с увреждания и трудна подвижност /ТСОС ЛНП/; Регламент № 1301/2014 за техническите спецификации оперативна съвместимост на подсистемата „Енергия“ на жп системата в ЕС /ТСОС ЕНЕ/; Регламент № 2016/919/ЕС за техническа спецификация за оперативна съвместимост. Освен това при разделяне би се стигнало до дублиране на някои дейности, което при три отделни Консултанта би трябвало да се заплати тройно. Дейност 3 касае проверка и оценка на проекта и ако има трима консултанти всеки от тях би следвало да се запознаят, съобразят и извършат оценка с останалите два Договора. Дейност 7 включва координиране и при трима консултанти те трябва да координират изпълнението и на трите договора, тоест три екипа да се запознават с цялата документация по останалите два договора. Отделно от това изграждането на съоръжения по релсов път в условията на движещи се влакове по налично разписание предполага да се работи във времеви прозорци, които стриктно трябва да се съблюдават, което налага изготвянето на план за извършване на всяка дейност точно във времевия прозорец, през който не преминават влакове. Т.е. всички дейности следва да се извършват при стриктна синхронизация. Дейност 4 касае строителния надзор по време на строителството, като предвид същността на строителния надзор може да се заключи, че три екипа биха си припокривали част от задълженията, което е лишено от икономическа целесъобразност. Предвид това, съдът намира, че не е налице незаконосъобразно окрупняването на конкретната обществена поръчка.

Настоящата инстанция намира, че в рамките на оперативната самостоятелност на възложителя е да определи изискванията към потенциалните участници, като при

спазване на разпоредбата на чл. 2, ал. 2 ЗОП е необходимо същите да не 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, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Не е спорно, че нормативно установено за възложителя задължение е да изготви техническите спецификации на поръчката по начин, че да бъде осигурен равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка, както и да не се създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция.

Съдът приема, че изискванията към определянето на техническите спецификации, посочени в чл. 49, ал. 1 и ал. 2 ЗОП са проявление на принципа по чл. 2, ал. 2 ЗОП. За да е налице нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП е необходимо възложителят да е заложил такива условия относно характеристиките на продукта или услугата, които да водят до необосновани пречки пред съответните участници, като чрез въведените изисквания да не се осигурява равен достъп на кандидатите до процедурата по възлагане, т. е. да са въведени такива специфични условия в техническите спецификации, които да водят до ограничение на конкуренцията. Видно от цитираната разпоредба, същата се отнася до техническите спецификации във вид на документ, в който се определят изискваните характеристики към продукта или услугата, а не касае предмета на обществената поръчка с оглед възможността му за разделяне на обособени позиции.

В случая фактите, установени от административния орган в оспорения акт, не водят до извод за наличие на нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. В действителност, относно неразделянето на поръчката на обособени позиции, следва да се има предвид разпоредбата на чл. 46, ал. 1 от ЗОП, съгласно която при подготовката за възлагане на обществена поръчка, възложителят преценява възможността за разделянето ѝ на обособени позиции, като законът го задължава при извод за нецелесъобразност на подобно решение да посочи своите съображения. Предоставената с цитираното правило оперативна самостоятелност на възложителя има своите граници и това са изискванията на чл. 2, ал. 2 от ЗОП. В случая, както бе посочено по-горе не е налице незаконосъобразно окрупняване на обществената поръчка поради което не може да се приеме, че е налице нарушение на чл. 46, ал. 1 ЗОП, още повече, че след разглеждане на възраженията на бенефициента органа е посочил, че потвърждава констатация 1 и е приел, че е нарушен чл. 2, ал. 2, вр. чл. 49, ал. 1 ЗОП, съставляващо нередност по т. 12 от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции.

В тази връзка изводите на органа нямат нито фактическо, нито законово основание и почиват изцяло на предположения. Липсата на нарушение на конкретно сочените

от органа правни норми на ЗОП при определянето на техническите спецификации на поръчката, води до извод, че не е налице засягане на принципите, прогласени в чл. 2, ал. 1 ЗОП. Не е доказано включването на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на потенциалните икономически оператори в процедурата за възлагане на обществената поръчка, т. е. няма нарушение и на общата забрана по чл. 2, ал. 2 ЗОП. Горното води до извода, че не е налице съставомерност на нередността, следователно няма фактическо основание за определяне на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 ЗУСЕФСУ, на което правно основание се позовава органът в решението си. Това прави безпредметно разглеждането на дадената от органа правна квалификация на нередността и определеният за нея размер на финансовата корекция по отношение на Констатация №1.

Констатация №2: Незаконосъобразно ограничение по национален признак - нарушение на чл.2, ал. 2, квалифицирано като нередност по т.10, б. „б“ от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

От страна на УО на ОПТТИ е констатирано, че според т. 5 от техническите спецификации по поръчката консултантът трябва да включи в екипа си и други експерти, съгласно предвиденото в техническото предложение. Посочено е, че „От неключовите експерти по железен път, контактна мрежа, сигнализация и телекомуникация минимум един следва да притежава: правоспособност съгласно изискванията на Наредба № 56 от 14.02.2003 г. за изискванията, условията и реда за обучение на кандидатите за придобиване на правоспособност, изисквана от персонала, отговорен за безопасността на превозите с железопътен транспорт, или признаване на такава правоспособност и реда за провеждане на проверочните изпити на лицата от персонала, отговорен за безопасността на превозите (ДВ, бр. 20 от 4 март 2003 г., посл. изм. и доп. ДВ, бр. 76 от 2 октомври 2015 г.), както и валидно удостоверение за положен изпит по реда на Наредба № 56 към датата за подаване на офертата и поддържане на валидността на удостоверението по време на процедурата за избор на Изпълнител и по време на изпълнението на Договора“.

Според органа, изискването за наличие на призната професионална квалификация още при подготовка и подаване офертата е ограничително и води до необосновани административни трудности за участниците. В допълнение е прието от РУО, че Възложителят е ограничил участието на лица, които са включили в екипа си за изпълнение чуждестранни специалисти, тъй като за тях не е предвидена възможност за представяне на еквивалентни документи, съгласно съответното чуждестранно законодателство. Т.е. чуждестранните участници са дискриминирани на базата на необосновано национално изискване.

Съгласно чл. 10, ал. 1 ЗОП „Кандидат или участник в процедура за възлагане на обществена поръчка може да бъде всяко българско или чуждестранно физическо или юридическо лице или техни обединения, както и всяко друго образувание,

което има право да изпълнява строителство, доставки или услуги съгласно законодателството на държавата, в която то е установено“, а съгласно чл. 2, ал. 2 вр. 1, т. 1 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 стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка, както и че обществените поръчки се възлагат в съответствие с принципите на Договора за функционирането на Европейския съюз и по-специално тези за свободно движение на стоки, свобода на установяване и свобода на предоставяне на услуги и взаимно признаване, както и с произтичащите от тях принципи на: т.1 равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Разпоредбите на глава втора и трета от Наредба № 56 от 14.02.2003 г. уреждат реда за придобиване на правоспособност за дейностите, свързани с безопасността на превозите в железопътния транспорт, който предвижда преминаване на обучение по теория и практика и полагане на изпит. Лицата на позиция по безопасността на превозите, които притежават свидетелство за правоспособност, регулярно полагат изпити за получаването и поддържането на удостоверение от изпълнителния директор на ИА „Железопътна администрация“ или упълномощено от него лице. В чл. 29 и сл. от Наредба № 56 от 14.02.2003 г. е регламентиран редът за признаване на правото да упражняват регулирана професия в железопътния транспорт на лицата, придобили професионална квалификация в държава - членка на Европейския съюз или в трета държава.

В случая, доколкото към момента на подаване на офертите икономическите оператори нямат сигурност, че ще спечелят поръчката, съдът приема изводите на РУО, че същите нямат интерес да правят разходи (времеви, административни, парични), за да преминат през процедурата за признаване на квалификацията на предложените от тях лица. Това е така, тъй като към момента на подаване на офертата съответните лица не изпълняват дейностите по безопасност на железопътния транспорт, които да обосновават необходимостта от призната квалификация, поради което подобни изисквания следва да бъдат предвидени към участника, избран за изпълнител. Изискването за неключови експерт обаче, макар и ограничително, не е дискриминационно по национален признак, поради което не може да се квалифицира като нередност по т. 10, б. „б“ от Приложение №1 от Наредбата.

Досежно посоченото в допълнение, че Възложителят е ограничил участието на лица, които са включили в екипа си за изпълнение чуждестранни специалисти, тъй като за тях не е предвидена възможност за представяне на еквивалентни документи, съгласно съответното чуждестранно законодателство, съдът намира, че действително няма изрично посочване, че ще се приема и еквивалент на

удостоверение за правоспособност за извършване на определена дейност, но това ясно се разбира от няколкократното посочване на различни места в документацията, че за чуждестранните лица ще се приемат еквивалентни документи. Последното налага извод, че посоченото изискване също не е дискриминационно по национален признак, поради което не изпълнява фактическия състав на нередността по т. 10, б. „б“ от Приложение №1 от Наредбата. Предвид това жалбата е основателна и в тази част.

Констатация № 3: Ограничителни изисквания- нарушение по чл. 2, ад. 2 от ЗОП, във връзка с чл. 59, ал. 2 от ЗОП, съставляващо нередност по т.11 „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 ЗУСФСУ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

УО на ОПТТИ е констатирал, че съгласно раздел 111.1.2 от обявлението и раздел 2, т. 23,5.2.10, от документацията за поръчката участниците трябва да разполагат с Ключов експерт „Планиране и плащане“, който трябва да е изпълнявал функциите на ключов експерт или експерт, който е извършвал финансов контрол и количествен контрол и/или дейности по планиране и отчетност при извършването на работите в минимум една завършена услуга за строителен надзор за ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна инфраструктура по смисъла на Закона за железопътния транспорт (ЗЖТ) или еквивалент.

Възложените на този експерт дейности, съгласно т. 5.1.10. от Техническата спецификация, касаят съдействие на Ръководителя на екипа във всички негови задължения, свързани с финанси и финансова отчетност; управление и изготвяне на документите за плащане; проверка на графиците за плащане на изпълнителите; водене на архив на финансовите документи по проекта; предоставяне на отчетна, прогнозна и друга изисквана от възложителя финансова информация по изпълнението на проекта; изготвяне на финансовата част в докладите и отчетите на Консултанта.

Изведен е извод, че поставеното от възложителя изискване необосновано ограничава участието в процедурата на лица, които разполагат с Ключов експерт „Планиране и плащане“, с изискуемото образование и експертиза, но чийто опит не е свързан с упражняване на строителен надзор на железопътна инфраструктура, а е придобит в друга сфера, свързана с плащания и/или финансова отчетност по договори.

Безспорно е, че в оперативната самостоятелност на възложителя е да определи онези критерии за подбор, които счита, че най- пълно биха гарантирали качествено изпълнение на предмета на поръчката. Но тази негово оперативна свобода не е неограничена. Съгласно чл. 2, ал. 2 ЗОП възложителят няма право да

ограничава конкуренцията чрез включване на условия и изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществената поръчка и които не са съобразени с нейния предмет, стойност, сложност, количество или обем. С оглед на това границите на неговата оперативна самостоятелност при определяне на критериите за подбор са от една страна, определени в чл. 59, ал. 1 ЗОП като сфера, до която се отнасят, а от друга - в чл. 59, ал. 2 ЗОП, като съдържание с оглед на изискването да бъдат ограничени до тези, които са необходими за установяване на възможността за изпълнение на поръчката при съобразяване с нейния предмет, стойност, обем и сложност.

Следователно, преценката за законосъобразност на критериите за подбор, а с оглед на това и за наличието на нарушение, следва да бъде направена при отчитане на тези изисквания за упражняване на правото на възложителя да определи критерии за подбор, които да му гарантират в най-пълна степен искания начин на изпълнение на поръчката. Във всички случаи обаче критериите за подбор не трябва необосновано да ограничават конкуренцията като дават необосновано предимство на определена категория лица.

В случая, след анализ на предмета на обществената поръчка и приложимата нормативна уредба, административният орган е приел, че посочените дейности не са свързани с вида на обекта на услугата по строителен надзор, а именно железопътна инфраструктура, тъй като поддържането на финансова отчетност, изготвянето на документи за плащане, изготвянето на финансовата част на докладите и отчетите и др. е присъщо за всеки строителен надзор, независимо от това дали е върху железопътна инфраструктура, пътища, площади, сгради и пр. Обстоятелството, че обектът на услугата е елемент на железопътната инфраструктура не води до специфики в осъществяваната финансовата отчетност, които да предпоставят извършването на услугата само от лица с опит в такъв обект. Съдът намира, че несъмнено в предмета на обществената поръчка са включени редица специфични дейности, касаещи строителния надзор върху железопътния транспорт. Споделя се изложеното от жалбоподателя, че проектирането и строителството на железопътна линия се отличава с редица специфики, включително от дейностите при изпълнение на обекти във високото строителство, ВиК съоръжения, хидротехнически съоръжения, пътища и други структурни отрасли на инженерно техническата инфраструктура.

Спорният въпрос обаче е дали именно дейностите на Ключов експерт „Планиране и плащане“ в процесната обществена поръчка са специфични, за да бъде обосновано спрямо него поставеното от възложителя изискване за опит, а именно – е изпълнявал функциите на ключов експерт или експерт, който е извършвал финансов контрол и количествен контрол и/или дейности по планиране и отчетност при извършването на работите в минимум една завършена услуга за строителен надзор за ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна

инфраструктура по смисъла на Закона за железопътния транспорт (ЗЖТ).

Настоящият съдебен състав приема, че по отношение на експерта "Планиране и плащане", не са налице конкретни нормативни изисквания досежно изискуемия опит. Възложените дейности на този експерт, съгласно Техническата спецификация, посочени по-горе не отличават с някаква специфика, свързана с упражняване на строителен надзор за ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна инфраструктура по смисъла на Закона за железопътния транспорт или еквивалент и не са конкретно обвързани с предмета на поръчката.

С оглед изложеното, въведеното по отношение на този експерт изискване препятства възможността в изпълнението на поръчката да вземат участие лица, които разполагат с ключов експерт „Планиране и плащане“, с изискуемото образование, но чиито опит не е свързан с ново строителство и/или модернизация и/или реконструкция на железопътна инфраструктура, а е придобит в друга сфера, свързана с плащания и/или финансова отчетност по договори.

Предвид това, съдът намира, че е осъществено нарушение на чл. 59, ал. 2 във вр. с чл. 2, ал. 2 ЗОП.

С оглед на характера му, при прилагане на теста на Съда на Европейския съюз за преценка на третия елемент на фактическия състав на нередността – вредата – не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на Съюза (решение от 14 юли 2016, Wrocław, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45), което прави доказан фактическия състав на нередността. Ответникът, при идентифицирането на нередността, е приложил пропорционалния метод съобразно чл. 5, ал. 1 от Наредбата именно защото при този вид нередност невъзможно да установи реалното отражение на нарушението.

Нарушението правилно е квалифицирано като нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности. Съобразен е конкретният размер на процентния показател – 5%, предвиден за процесния вид нередност. Не съставлява нарушение обстоятелството, че в решението не е определена конкретна стойност на финансовата корекция, доколкото тя е функция от предявените за плащане суми по конкретния договор, финансирани от ЕСИФ, които са или ще бъдат верифицирани. Предвид това, жалбата е неоснователна касателно Констатация №3.

Според чл. 143, параграф 1 и 2 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, съответно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя за нередност по смисъла на член 2, точка 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013. Съгласно изричната разпоредба на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ, когато са установени две или повече нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от с.з. се определя една финансова корекция за всички нередности, които засягат един и същ допустим разход. Размерът на дължимата от бенефициента финансова корекция е равен на размера на най- високия процентен показател, приложен за определяне на размера на финансовата корекция за всяка от

нередностите, установени с акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. Това законодателно решение сочи, че в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ органът установява наличието на нередности, за които се дължи определяне на финансова корекция, поради включването им в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата. Това е основанието на финансовата корекция, което чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ визира. Но така установеното основание- наличието на нередност, има само установително действие, не и само по себе си разпоредително, тъй като без определен (определяем) размер на финансовата корекция не може да възникне задължение за нея. С оглед на това едва след определянето и на размера на финансовата корекция за всяка от установените нередности и след преценка на обстоятелствата по чл. 72, ал. 4 ЗУСЕСИФ органът разпорежда (задължава) бенефициента да изпълни една от определените финансови корекции, т.е. задължение за бенефициента създава разпоредителната част, която определя въз основа на правилото на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ размер на дължимата от всички определени по основание и размер финансови корекции. Именно това е ликвидното - определено по основание и по размер, задължение, което се възлага на бенефициента с решението по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ. С оглед на този характер на акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕФСУ в хипотезата на приложимост на правилото на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ тогава, когато съдът установи, че не е осъществена нередността, за която е определен най-високия процентен показател, следва да отмени акта в частта за определената финансова корекция по процентния показател, който е над този процентен показател, който органът е определил за тази или тези от нередностите, които съдът е приел за осъществени и за които е приел правилно определен размер на финансовата корекция (в горния смисъл и Решение № 7620/05.08.2022 г.по адм. дело № 4544/2022 год. на ВАС, VII отд.).

При установената законосъобразност на решението на РУО на ОПТТИ касателно нарушението, описано по- горе под №3, за което е определен размер на финансова корекция: 5 на сто от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнението на договор №11440/28.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД “Консултант ВДС“ на стойност 9 110 997.00 лв. без ДДС с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница“ в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“, и с оглед основателността на жалбата в останалата част, по отношение на нарушенията описани по- горе под №1 и 2, за които е определен размер на финансова корекция: 10 на сто, съдът намира, че следва да се отмени обжалвания акт в частта на определената финансова корекция над 5 на сто от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнението на договор №11440/28.06.2021г. с изпълнител ДЗЗД “Консултант

ВДС“ на стойност 9 110 997.00 лв. без ДДС с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница“ в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“ и да отхвърли жалбата в останалата част.

При този изход на правния спор и предвид уважената част на жалбата, с която финансовата корекция се отменя за над 5 % до определения с оспорвания акт размер 10 % и своевременно направеното искане от жалбоподателя за присъждане на разноски в общ размер на 4 400 лв. /за държавна такса за първоинстанционното производство в размер на 1700 лв., държавна такса за касационната инстанция в размер на 1700 лв., 1000 възнаграждение на вещото лице/ и юрисконсултско възнаграждение в минимален размер, съдът намира, че следва ответникът да бъде осъден да заплати на жалбоподателя сумата от 2200 лв. разноски и 100 лв. за юрисконсултско възнаграждение, или общо 2 300 лв.

Мотивиран от горното, съдът

Р Е Ш И:

ОТМЕНЯ по жалба на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура", ЕИК-[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], Решение за определяне на финансова корекция № ФК-4 от 06.02.2024 г. на Ръководителя на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура" (ОПТТИ) 2014-2020 г., в частта, в която е определена финансовата корекция над 5 % от стойността на всички извършени разходи, финансирани от ЕСИФ, свързани с изпълнението на договор №11440/28.06.2021 г. с изпълнител ДЗЗД "Консултант ВДС" на стойност 9 110 997.00 лв. без ДДС с предмет „Оценка на съответствието с основните изисквания към строежите съгласно ЗУТ, извършване на строителен надзор по време на строителството и управление на изпълнението на договорите за проектиране/строителство и строителство за проект „Модернизация на жп линия С.-Драгоман-сръбска граница“ в участъка „В.-Драгоман-сръбска граница“ и **ОТХВЪРЛЯ** жалбата в останалата част.

ОСЪЖДА Министерство на транспорта, да заплати на Национална компания железопътна инфраструктура", ЕИК-[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], сумата от 2 300 лева, представляваща разноски по делото.

Решението може да се обжалва с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България в 14- дневен срок от съобщаването на страните за постановяването му.

СЪДИЯ:

