

РЕШЕНИЕ

№ 5750

гр. София, 13.10.2021 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 55 състав,
в публично заседание на 21.09.2021 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Диана Стамболова

при участието на секретаря Антонина Бикова и при участието на прокурора Яни Костов, като разгледа дело номер **6193** по описа за **2021** 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 структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/.

Образувано е по жалба от ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ - [населено място], представявано от генералния директор инж. К. П. чрез процесуален представител старши юрисконсулт А. Н. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-1/08.06.2021г., издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, с което е определена финансова корекция 10 на сто върху допустимите разходи по два договора. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при съществени процесуални нарушения и нарушение на материалния закон. Моли за отмяна на обжалваното решение.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуален представител поддържа жалбата на сочените основания. Представя писмени бележки. Претендира присъждане на съдебни разноски за юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ при министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, чрез процесуален представител и в подробно писмено становище излага доводи за недопустимост на жалбата. В условията на евентуалност я

счита за неоснователна и моли съда да я отхвърли. Претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение.

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

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

На 20.11.2017г. между Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт 2007 – 2013 г.", чрез Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията, и Държавно предприятие "Национална компания "Железопътна инфраструктура" е сключен договор № ДОПГТИ-12 за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ за проект "Рехабилитация на железопътната линия П. – Б., Фаза 2" на стойност 810 018 562, 65 лв., при допустими разходи по проекта 675 092 693, 08 лв. и безвъзмездна помощ в размер на 563 158 135, 86 лв. и при опцията размерът на помощта да се увеличи до размера на общата стойност на допустимите разходи.

На 12.11.2015 г., с Решение №69, генералният директор на Н. открива процедура за открита обществена поръчка с предмет: "Рехабилитация на железопътни участъци С.-Оризово и С.-Ц., част от проект „Рехабилитация на железопътната инфраструктура по жп линията П. – Б. – Фаза 2“, по обособени позиции".

На 07.11.2016г. между Н. и Обединение „Европейски железници" е сключен Договор №5545 по обособена позиция 1 "Рехабилитация на железопътен участък С. - Оризово" с цена 63 498 462, 42 лв. без данък върху добавената стойност.

На 26.01.2017 г. между Н. и Консорциум „С." Д. е сключен Договор №5632 по обособена позиция 2 "Рехабилитация на железопътен участък С. - Ц. " с цена 3 789 982, 49 лв. без данък върху добавената стойност.

На 12.12.2019г. ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт 2007 – 2014 г." уведомява Н. за установени нарушения на чл. 28, ал. 2 и чл. 28а, ал. 3 ЗОП (отм.) (Констатация №1) и на чл. 29, ал. 1 ЗОП (отм.) (Констатация №2), и предстоящо определяне на финансова корекция.

На 27.12.2019 г. Н. представя възражение.

На 27.01.2020г., с Решение №ФК-4, ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура 2014 – 2020 г." определя на Н. финансова корекция в размер на 10 % от допустимите разходи, финансирани от безвъзмездната финансова помощ по Договор №5545 от 07.11.2016г. с Обединение „Европейски железници“ и по Договор №5632 от 26.01.2016 г. с Консорциум „С.“ Д., за нередност за нарушение на чл. 29, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (отм.), квалифицирано по т. 9.3 (колона №3) 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 на размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата).

С Решение №2780 от 08.06.2020г. на Административен съд София-град, постановено по административно дело № 1751/2020г. е отхвърлена жалбата на Н. срещу Решение №ФК-4 от 27.01.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура 2014 – 2020 г.", с което на Държавно предприятие "Национална компания "Железопътна инфраструктура" е определена финансова корекция в размер на 10% от допустимите разходи,

финансирани от безвъзмездната финансова помощ по Договор №5545 от 07.11.2016 г. с Обединение „Европейски железници“ и по Договор №5632 от 26.01.2016 г. с Консорциум „С.“ Д., за нередност за нарушение на чл. 29, ал. 1 от Закона за обществените поръчки (отм.).

С решение № 819/21.01.2021г. по адм.дело № 8419/20220г. по описа на ВАС е отменено Решение №2780/08.06.2020г. по адм. дело № 1751/2020г. по описа на АССГ, отхвърлена е жалбата на Н. срещу Решение №ФК-4 от 27.01.2020 г. на ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспорт и транспортна инфраструктура 2014 – 2020г. Мотивите на ВАС са, че оспореният административен акт е материалнонезаконосъобразен поради „липсата на годно правно основание“.

Поради тази причина УО е започнал отново процедура по администриране на нередност по своя инициатива, на основание чл.69, ал.2 от ЗУСЕСИФ. Констатираните нарушения са както следва: 1. Констатация №1: Липса на достатъчно описание на критерий за възлагане (Незаконосъобразна методика за оценка на офертите по обособена позиция №1) и Констатация №2: Липса на предоставяне/публикуване на разяснения.

Бенефициентът е уведомен за констатираното нарушение с писмо изх. № 10-22-316/20.05.2021 г. на Ръководителя на УО, като му е даден срок от две седмици да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. Същият е представил възражения по основателността и размера на финансовата корекция с писмо вх. № 10-22-316/ 02.06.2021 г.

С оспореното Решение за определяне на финансова № ФК-1/08.06.2021г., издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, на основание чл. 70, ал.1, т.9, чл.73, ал. 1 и чл. 72, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, за нарушение по Констатация 2, попадащо в т.9.3 от Приложение №1 Наредба за посочване на нередности, приета с ПМС № 57/2017 г., като са взети предвид обстоятелствата по чл. 72, ал. 1 и ал.3 от ЗУСЕСИФ, така като е описано в т.1 от Констатацията, на бенефициента Н. е определена финансова корекция в размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по: 1. Договор № 5545/07.11.2016г. с предмет: „Рехабилитация на железопътен участък С. - Оризово“, с изпълнител Обединение „Европейски железници“ на стойност 69 848 308.66 лв. без ДДС за обособена позиция №1. Договор № 5545/07.11.2016г се финансира от безвъзмездна финансова помощ в размер на 69 848 308.66лева. Финансовата корекция по договор № 5545/07.11.2016г. има влияние в размер на 6 864 674.08 лева върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и няма влияние върху сертифицираните разходи към Европейската комисия.; 2. Договор № 5632/26.01.2016г. с предмет: “Рехабилитация на железопътен участък С. — Ц.“, с изпълнител Консорциум „С.“ Д. на стойност 4 168 980.74 лв. без ДДС за обособена позиция №2. Договор № 5632/26.01.2016г. се финансира от безвъзмездна финансова помощ в размер на 4 168 980.74лева. Финансовата корекция договор № 5632/26.01.2016г. има влияние в размер на 378 177.15 лева върху верифицираните разходи от безвъзмездната финансова помощ от Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ и няма влияние върху сертифицираните разходи към Европейската комисия. На основание чл. 42, ал. 1 и чл. 43, ал. 1 от

Наредба Н-3/22.05.2018 г. на Министерството на финансите, е разпоредено сумата по финансовата корекция в размер на 7 242 851.23 лева, представляваща верифицирана и изплатена безвъзмездна финансова помощ, да се възстанови доброволно от Национална компания "Железопътна инфраструктура" на Управляващия орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“.

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

Съгласно 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. 9, ал. 5, изр. II от ЗУСЕСИФ 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, информационните технологии и съобщенията, който със Заповед № РД-08-415/04.10.2018г. на основание чл. 9, ал. 5 от ЗУСЕСИФ, чл. 25, ал. 4 от Закона за администрацията, чл. 16 и чл. 51, ал. 1, т. 8 от Устройствения правилник на МТИТС, е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020. на Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ при МТИТС Г. С. В. (подписала процесното решение). С оглед на горното съдът прави извод, че последното е издадено от компетентен административен орган.

Обжалваният административен акт е издаден в предвидената от закона писмена форма – чл. 59, ал. 2 от АПК във вр. с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ. От формална страна актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Посочени са и всички изискуеми реквизити по чл. 14, ал. 2 от Наредба за администриране на нередности по ЕСИФ, приета с ПМС № 173/2016 г.

При издаването на обжалвания административен акт не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Спазени са изискванията на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, като преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция е осигурена възможност на бенефициента да представи в разумен срок писмени възражения по основателността и размера на корекцията.

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

1. Относно нарушение по Констатация №1: Липса на достатъчно описание на критерий за възлагане (Незаконосъобразна методика за оценка на офертите по обособена позиция №1)

Съгласно мотивите на решение № 819/21.01.2021г. по адм.дело № 8419/20220г. по описа на ВАС, доколкото с Констатация № 1 не се определя финансова корекция, както и че, тази констатация не е оспорена от жалбоподателя, съдът не следва да се произнася.

2. Относно нарушение по Констатация №2: Липса на предоставяне/публикуване на разяснения

Съгласно мотивите на решение № 819/21.01.2021г. по адм.дело № 8419/20220г. по описа на ВАС : „Не се спори по делото, че възложителят не е предоставил разяснения по 13 бр. от поставените към него въпроси с мотив, че тези въпроси "не представляват разяснение по документацията за участие в обществената поръчка“. Констатацията на административния орган е, че възложителят неправомерно не е предоставил разяснения на заинтересованите лица, като е квалифицирал деянието като нарушение на чл. 29, ал. 1 ЗОП (отм.). Разпоредбата на чл. 29, ал. 1 ЗОП (отм.) регламентира

правото на лицата да поискат писмено от възложителя разяснения по документацията за участие, но не вменява конкретни задължения за възложителя. Описаното от органа деяние не съответства на посочената като нарушена правна норма. Без валидно правно основание съдът не може да извърши контрол за законосъобразност на акта, защото съдът не може вместо органа да определя целта, с която той упражнява властта си.“

С процесното решение нарушението по Констатация №2: Липса на предоставяне/публикуване на разяснения е квалифицирано като такова по чл. 29, ал. 2 от ЗОП (отм.)

При проверката е установено, че възложителят не е предоставил разяснения по 13 бр. от поставените към него въпроси с мотив, че тези въпроси „не представляват разяснение по документацията за участие в обществената поръчка по смисъла на чл.29, ал.1 от ЗОП“. Посочените въпроси са както следва:

- въпроси №№ 1 и 3 от разяснение № 18 (изх. № ЖИ-1527/14.01.2016г.) - дали е допустимо превишаване на индикативната стойност в ценовата оферта и дали съответствието с минималните изисквания може да бъде доказано чрез подизпълнител;

- въпроси №№ 1, 2, 3 и 4 от разяснение № 21 (изх. № ЖИ-1939/18.01.2016 г.) - дали участници обединения могат да ползват капацитета на трети лица и/или подизпълнители за доказване съответствието с изискванията за технически възможности и какви документа доказват, че при изпълнението на поръчката ще са налични ресурсите им;

- въпроси №№ 1 и 2 от разяснение № 30 (изх. № ЖИ-3342/26.01.2016г.) - дали възложителят приема за еквивалентни образователните квалификации електроинженер със специалност „радиотехника“ и електроинженер със специалност „далекосъобщителна техника“ на условията в поръчката;

- въпрос № 12 от разяснение № 33 (изх. № ЖИ-3937/29.01.2016 г.) - касае съдържанието на чл. 2, ал. 5 от проекта на договор от документацията;

- въпрос № 14 от разяснение № 36 (изх. № ЖИ-4285/01.02.2016 г.) - дали количествените сметки към техническия проект на възложителя имат обвързваща сила и какви ще са действията на възложителя при надвишаващи или по-малки количества;

- въпрос № 6 от разяснение № 38 (изх. № ЖИ-4452/02.02.2016 г.) - дали се допуска при изготвянето на работния проект отстраняване на грешки в техническия проект на възложителя;

- на въпрос № 1 от разяснение № 41 (изх. № ЖИ-4922/04.02.2016 г.) - дали възложителят приема за еквивалентна образователната квалификация железопътно строителство и възстановяване на условията в поръчката);

- на въпрос № 2 (относно очакванията на възложителя за сключване на договора за обществена поръчка и приложимостта на чл. 3 от проекта на договор) въпроси №№ 3.2., 3.3., 3.4., 3.5., 3.8. и 3.9. (относно технология за изпълнение без пълно прекъсване на влаковото движение) от разяснение № 42 (изх. № ЖИ-4925/04.02.2016 г.).

Съдът приема, че всички цитирани в констатацията въпроси са отправени писмено и се отнасят до условия и изисквания от документацията за участие. Следователно възложителят неправомерно не е предоставил разяснения на заинтересованите лица с мотив, че тези въпроси „не представляват разяснение по документацията за участие в обществената поръчка по смисъла на чл. 29, ал. 1 от ЗОП“. Предвид гореизложеното счита, че е налице нарушение на чл. 29, ал. 2 от ЗОП (отм.).

Съгласно чл. 29, ал. 1 от ЗОП (отм.) лицата може да поискат писмено от възложителя разяснения по документацията за участие до 10 дни преди изтичането на срока за получаване на офертите. Съгласно чл. 29, ал. 2 от ЗОП (отм.) разясненията се публикуват в профила на купувача в 4-дневен срок от получаване на искането.

Нарушението на чл. 29, ал. 2 от ЗОП (отм.) попада в обхвата на т. 9.3. (колона № 3) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата). Наименованието на нередността на т. 9.3 (колона № 2) от Приложение № 1 от Наредбата е „липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация“. В описанието на нередността е посочено следното: „разясненията или допълнителната информация, свързани с критериите за подбор или за възлагане, на възложителя по документацията за поръчката не са предоставени на лицата или не са публикувани.“ Следователно, видно от доводите, изложени в Решение № ФК-1/08.06.2021 г., е налице нарушение на чл. 29, ал. 2 от ЗОП (отм.), изразяващо се в непредставяне/непубликуване на разяснения по въпроси, касаещи условията на поръчката и нередността по Приложение № 1 е правилно определена.

За да определи финансовото влияние на нарушението, е взето предвид, че поръчката е по чл. 14, ал. 1 от ЗОП (отм.) и същата е обявена в ОВ на ЕС. Доколкото в конкретната хипотеза е невъзможно да се даде количествено изражение на финансовите последици, в съответствие с чл. 72, ал. 3 ЗУСЕСИФ, вр. чл. 3, ал. 2, предл. 2 вр. чл. 5, ал. 1 от Наредбата, размерът на финансовата корекция следва да бъде определен по пропорционалния метод, при спазване критериите на чл. 72, ал. 1 ЗУСЕСИФ, вр. чл. 3, ал. 1 от Наредбата, и в съответствие с установеното в приложението към чл. 2, ал. 1 от същата.

За нарушенията на т.9 от приложението към чл. 2, ал. 1 от Наредбата законодателят е определил 25% финансова корекция с възможност същата да бъде намалена на 10% или на 5%. В настоящата хипотеза Ръководителят на УО, с оглед вида и характера на нарушенията и липсата на пряка вреда за общностния бюджет, е определил процентното съотношение в размер от 10% от допустимите разходи по договорите по обществената поръчка. Изложил е мотиви както за основанията за налагане на финансова корекция, така и за индивидуализацията на размера ѝ. В съответствие с принципа на чл. 7 от Наредбата за кумулиране на наложените финансови корекции правилно е определил една такава в размер на 10% върху допустимите разходи по сключени договор №5545 от 07.11.2016г. за обособена позиция №1 и договор №5632 от 26.01.2016г. за обособена позиция №2.

В обобщение на изложеното, съдът намира, че оспореното решение, с което е наложена финансова корекция на ДП „Национална компания

„Железопътна инфраструктура“ - [населено място], не е засегнато от отменителните основания по чл.146 АПК, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

При този изход на спора претенцията на жалбоподателя за присъждане на разноски по делото следва да бъде отхвърлена, а искането на ответника за присъждане на юрисконсултско възнаграждение да бъде уважено на основание чл. 143, ал.4 от АПК в размера, посочен в чл. 78, ал. 8 от ГПК, приложим съгласно чл.144 от АПК във вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 25, ал. 1 от Наредба за заплащането на правната помощ /обн., ДВ, бр. 5 от 17.01.06 г. /, като настоящият състав определя възнаграждение в размер на 200 лева, с оглед осъществения обем процесуално представителство.

Водим от горното Административен съд София - град, III отделение, 55 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ - [населено място], ЕИК[ЕИК], представлявано от Генералния директор инж. К. Х. П. срещу Решение за определяне на финансова корекция № ФК-1/08.06.2021г., издадено от Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ и Ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“, с което е определена финансова корекция 10 на сто върху допустимите разходи по Договор №5545 от 07.11.2016 г. на стойност 63 498 462.42 лв. без ДДС за обособена позиция №1 и договор №5632 от 26.01.2016 г. на стойност 3 789 982.49 лв. без ДДС за обособена позиция №2.

ОСЪЖДА ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“, ЕИК[ЕИК], със седалище и адрес на управление: [населено място], п.к. 1233, [улица], представлявано от Генералния директор инж. К. Х. П. да заплати на Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията 200 лева за юрисконсултско възнаграждение.

РЕШЕНИЕТО подлежи на обжалване в 14 – дневен срок от получаването му пред Върховния административен съд на Република България.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪДИЯ :

