

РЕШЕНИЕ

№ 7871

гр. София, 20.12.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 62 състав,
в публично заседание на 26.09.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Даниела Гунева

при участието на секретаря Илияна Янева, като разгледа дело номер **2358** по описа за **2022** 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:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-2 от 17.02.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция, както следва :

1. В размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 6728/10.03.2020 г. за обособена позиция (ОП) № 1 с изпълнител „АТ ИНЖЕНЕРИНГ 2000“ ООД на стойност 4 694 386,49 лв. без ДДС (4 858 528,00 лв. с непредвидени разходи без ДДС);

2. В размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11202/12.08.2020 г. за Обособена позиция (ОП) № 4 с изпълнител „ГИГАСТРОЙ“ ООД на стойност 4 528 040,07 лв. без ДДС (4 686 257,19 лв. с непредвидени разходи без ДДС)

3. В размер на 25 % от всеки допустим разход финансиран, от безвъзмездна финансова помощ по договор № 6734/16.03.2020 г. за Обособена позиция (ОП) № 5 с

изпълнител Д. „И. 2019“ на стойност 5 253 049,79 лв. без ДДС (5 438 840,38 лв. с непредвидени разходи без ДДС).

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност, поради противоречие с материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Жалбоподателят счита, че не е налице нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, както и че непредоставяне на разяснение, би означавало възложителят да не е дал отговор на зададен въпрос, а това задължение е изпълнено видно от Разяснение № 7 от 02.04.2019 г. Възразява и срещу констатираното нарушение на чл. 2, ал. 2 и чл. 59, ал. 6 от ЗОП във вр. с чл. 3, ал. 3 от Закона за камарата на строителите (З.). Изтъква се, че допустимостта да участват в процедурата на обединения не е ограничена. Релевират се доводи, че разпределението на дейностите при участие на Д. е изцяло по волята на участника, но изискванията за вписване в Централния професионален регистър на строителя на КС /К. на строителите/ е задължителен за всеки член на обединението, който ще извършва строителство.

В съдебно заседание жалбоподателят чрез процесуалния си представител - ръководител сектор в отдел „Правен“ К., поддържа жалбата. Моли решението на УО да бъде отменено по мотиви подробно описани в жалбата. Претендира присъждане на разноски и представя списък.

Ответникът – Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ), чрез държавен експерт Й. оспорва жалбата като неоснователна. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Административен съд София град, III-то отделение, 62 –ри състав, като обсъди доводите на страните и прецени събраните по делото доказателства, намира за установено от фактическа страна следното:

Управляващият орган е започнал процедура за администриране на нередност на основание чл. 69, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, във връзка с връчен окончателен доклад от проверката на ОО (ОСЕС) с писмо изх. № 04-18-10/06.12.2021 г., (вх. МТИТС № 07-00-623/06.12.2021 г.) и извършена проверка на открита процедура съгласно Закона за обществените поръчки с предмет: „Проектиране и изграждане на 9 пътни надлеза и един пешеходен надлез в жп участъци Х. А.-К. и Ч.-Б. на мястото на съществуващи прелези по проект „Рехабилитация на жп линия П.-Б., Фаза 2" по пет обособени позиции (ОП) и сключени договор № 6728/ 10.03.2020г. с изпълнител „АТ ИНЖЕНЕРИНГ 2000“ООД на стойност 4 694 386,49лв. без ДДС по Обособена позиция № 1, договор № 11202/ 12.08.2020г. с изпълнител „ГИГАСТРОЙ“ ООД на стойност 4 528 040,07 лв. без ДДС по Обособена позиция № 4 и договор № 6734/ 16.03.2020г. с изпълнител Д. „И. 2019“ на стойност 5 253 049,79лв. без ДДС по Обособена позиция № 5.

Съгласно Раздел III.1.1) от обявлението за обществената поръчка и Раздел III „ИЗИСКВАНИЯ КЪМ УЧАСТНИЦИТЕ“, т. 2 „КРИТЕРИИ ЗА П.“, подт. 2.1.1 от документацията за поръчката участниците трябва да бъдат вписани в Централния

професионален регистър към К. на строителите /КС/ в България за втора група -строежи от транспортната инфраструктура, съгласно чл. 5, ал. 1, т. 2 и ал. 6 - първа категория строежи от Правилника за реда за вписване и водене на Централния професионален регистър на строителя (ЦПРС), издаден от председателя на К. на строителите в България. Възложителят е пояснил, че ако участникът е обединение, което не е юридическо лице, съответствието с критерия за подбор се доказва за всеки член на обединението, който ще изпълнява съответната дейност по строителството съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора/документите за създаване на обединението. Изрично е посочено и в обявлението, и в документацията за участие, че гореописано изискване се отнася и за петте обособени позиции.

УО е счел, че посоченото изискване всеки участник в обединение, който ще изпълнява строителство, да бъде вписан в ЦПРС необосновано ограничава участието на субекти, които не разполагат със съответната регистрация в ЦПРС, но имат право на основание чл. 3, ал. 3 от З. да участват в изпълнението на строително-монтажни дейности, съвместно с регистрирано по надлежния законов ред лице, поради което е нарушен е чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З.. Нарушението е квалифицирано като нередност по т.11 б.“б“ от Приложение №1 към чл. 2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършвана на финансови корекции /ФК/ , и процентните показатели за определяне размера а финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за същата е предвидена ФК в размер на 5 на сто върху разходите по засегнатия договор за обществената поръчка. Тъй като е налице и друга нередност, за която се предвижда по-висока ФК и предвид принципа на некумулиране на корекциите и прилагане на най-високата от тях, то по това нарушение не е определен конкретен размер на корекцията.

УО установява, че възложителят не е предоставил разяснение по 1 (един) от поставените към него въпроси с мотив, че този въпрос „не представлява разяснение по документацията за обществена поръчка по смисъла на чл. 33, ал. 1 от ЗОП“. С писмо с изх. № ЖИ-12491/02.04.2019г. е зададен въпрос с искане за получаване на допълнително разяснение относно това дали възложителят приема за отговарящи на изискването за опит изпълнени дейности по пътни съоръжения - мостове и надлези, които са част от СМР на обект рехабилитация на пътен обект от Първа категория - втори клас път от РПМ, а именно: изграждане на нови тротоарни блокове, изграждане на нова преходна плоча, изграждане на нова подпорна стена при устой на ЖП надлез и армиран бетон върху пътна плоча. Цитираното по-горе искане за разяснение касае изискване за критерий за подбор, свързано с участието в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Въпросът е отправен писмено в рамките на срока по чл. 33, ал. 1 от ЗОП и се отнася до документацията за поръчката. УО е установил, че възложителят неправомерно не е предоставил разяснение на заинтересованите лица, с което е нарушен е чл. 33, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 33, ал. 4 от ЗОП. Нарушението е квалифицирано като нередност по т.9.3 от Приложение №1 към чл. 2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции /ФК/ , и процентните показатели за определяне размера а финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за същата е предвидена ФК в размер на 10 на сто върху разходите по засегнатите договори № 6728/10.03.2020 по ОП №1, договор №

11202/12.08.2020г. по ОП №4 и договор №6734/16.03.2020г. по ОП №5. Тъй като е налице и друга нередност, за която се предвижда по-висока ФК и предвид принципа на некумуляция на корекциите и прилагане на най-високата от тях, то по това нарушение е определен конкретен размер на корекцията по договор № 11202/12.08.2020г. по ОП №4.

Съгласно Раздел III, 1.3) от обявлението за обществена поръчка и Раздел П1 „ИЗИСКВАНИЯ КЪМ УЧАСТНИЦИТЕ“, т. 2 „КРИТЕРИИ ЗА П.“, подт. 2.3.3.2 от документацията за поръчката участникът следва да разполага с ръководител проект, ключов експерт по част „Конструктивни“ и ключов експерт по част „Пътна“. Лицата следва да притежават професионален опит, свързан с изпълнение на аналогични за отделните позиции функции в минимум един завършен обект за ново строителство и/или реконструкция на пътни/железопътни съоръжения (надлези, и/или виадукти, и/или мостове). Възложителят е пояснил, че под „завършен обект“ се разбира извършено строителство, за което към датата на подаване на офертата има удостоверение, издадено от получателя или от компетентен орган, или е посочено в публичен регистър, в който е публикувана информация за изпълненото строителство. В гореописани раздели изрично е посочено, че изискването се отнася и за петте обособени позиции.

С Решение № 1/17.01.2020г. за определяне на изпълнител на обществената поръчка е отстранен участникът „Юнайтед Пропърти Груп“ ЕООД по обособена позиция /ОП/ № 1 на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП. Мотивите за отстраняването са, че лицето не отговаря на изискването за технически и професионални възможности, а именно да разполага с ръководител проект, ключов експерт по част „Конструктивна“ и ключов експерт по част „Пътна“ с професионален опит съгласно изискването на подт. 2.3.3.2 от документацията за поръчката. Възложителят е приел, че за посочените експерти липсват данни да са участвали в минимум един завършен обект, за който е налично удостоверение, издадено от получателя или от компетентен орган или за което е посочен публичен регистър, в който има информация за изпълненото строителство. С решението за класиране са приети изложените от комисията по разглеждане на офертите аргументи и заключения от Протокол № 12 от 02.08.2019г.

С Решение № 3/17.01.2020 г. за определяне на изпълнител на обществената поръчка е отстранен участникът „Юнайтед Пропърти Груп“ ЕООД по обособена позиция /ОП/ № 5 на основание чл. 107, т. 1 от ЗОП. Мотивите за отстраняването са, че лицето не отговаря на изискването за технически и професионални възможности, а именно да разполага с ръководител проект, ключов експерт по част „Конструктивна“ и ключов експерт по част „Пътна“ с професионален опит съгласно изискването на подт. 2.3.3.2 от документацията за поръчката. Възложителят е приел, че за посочените експерти липсват данни да са участвали в минимум един завършен обект, за който е налично удостоверение, издадено от получателя или от компетентен орган или за което е посочен публичен регистър, в който има информация за изпълненото строителство. С решението за класиране са приети изложените от комисията по разглеждане на офертите аргументи и заключения от Протокол № 13 от 19.08.2019 г.

При проверка на офертата на отстранения участник по ОП № 1 и ОП № 5 се

установява, че участникът „Юнайтед Пропърти Груп“ ЕООД е представил един и същи ЕЕДОП за ОП № 1 и ОП 5, респективно е предложил едни и същи лица за ръководител проект и ключов експерт за Част Пътна и за Част Конструктивна за ОП № 1 и ОП 5.

Участникът в рамките на процедурата по чл. 54, ал. 7 и сл. от ППЗОП е представил допълнително ЕЕДОП. Съгласно цитирания ЕЕДОП ръководителят проект Г. Г. (за ОП № 1 и ОП № 5) и ключовите експерти по част „Конструктивна“ – Т. Г. (за ОП № 1 и ОП № 5) и част „Пътна“ – С. П. (за ОП № 1 и ОП № 5) са участвали на съответните позиции в един обект за строителство „Аварийно изграждане на укрепителни съоръжения на левия откос на железния път, в отсечката от км. 5+650 до км. 6+140 с дължина 490 м. на междугарието Захарна фабрика - Горна баня по 5-та жп линия“. В ЕЕДОП са описани изпълнените за обекта дейности, които са възложени от „Гигастрой“ ООД. Отстраненият участник е посочил, че строителството е изпълнено в периода 06.10.2017-14.09.2018 г. и има подписан Акт № 15 от 14.09.2018 г., с който изпълненият обект е предаден на възложителя.

Въз основа на посочените в ЕЕДОП данни, комисията преглеждаща проектните предложения е заключила, че не са представени данни за участие в завършен обект, тъй като посочената информация за издаден акт № 15 не отговаря на изискването на възложителя за начина на удостоверяване на завършен сходен обект и не представлява удостоверение за извършено строителство, издадено от получател или компетентен орган. Комисията и възложителят са аргументирали заключението си с реда за подписване на акт № 15 и акт № 16, които са с различна нормативна определеност и са приели, че с акт № 15 не може да се удостовери наличието на „завършен обект“ съгласно изискванията на възложителя.

Според УО доводите на комисията преглеждаща проектните предложения, констатирани в Протокол № 12 от 02.08.2019 г. за ОП № 1, респективно в Протокол № 13 от 19.08.2019г. за ОП № 5 са погрешни. Посочената в ЕЕДОП информация относно наличието на издаден акт № 15 за изпълнено строителство на сходен обект отговаря на изискването за завършен обект. Характеристиките на обекта не се оспорват от възложителя. Наличието на подписан акт № 15 по същество представлява документ, удостоверяващ наличието на завършено строителство. Органът счита, че с посочване на данни за характеристиките на обекта, датата за завършването му и наличието на издаден акт №15, участникът е доказал, че предложените експерти отговарят на изискването за опит в завършен обект.

В допълнение на аргументите си в оспорваното решение УО е изложил доводи, че съгласно раздел III. 1.3) от обявлението участникът трябва да е изпълнил дейности за строителство с предмет и обем, идентични или сходни с предмета и обема на поръчката, а именно: „строителни дейности, които включват ново строителство и/или реконструкция на пътни/железопътни съоръжения (надлези, и/или виадукти, и/или мостове). Изискването се доказва със списък на строителството, придружен с удостоверения за добро изпълнение, които съдържат стойността, датата, на която е приключило изпълнението.“ Следователно деклариеният опит в сходни дейности се

отнася до приключило, изпълнено, т.е. завършено строителство.

В ЕЕДОП отстраненият участник е доказал опита си със същия обект, като за него са посочени идентични данни за техническите параметри на обекта, включително за издаден акт № 15. При това положение възложителят е приел, че участникът отговаря на изискването за опит на участника, следователно обектът е изпълнен, но същата информация е интерпретирана по различен начин, когато е правена преценката досежно наличие на професионален опит на ключовите експерти.

Предвид изложеното, УО е заключил, че участникът е отстранен неоснователно по ОП № 1 и ОП № 5 и по този начин е нарушен чл. 107, т. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1 от ЗОП по ОП № 1 и ОП № 5. Нарушението е квалифицирано като нередност по т.14 от Приложение №1 към чл. 2 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции /ФК/ , и процентните показатели за определяне размера а финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за същата е предвидена ФК в размер на 25 на сто върху разходите по засегнатите договор № 6728/10.03.2020г.по ОП№ 1 и договор №6734/16.03.2020г. по ОП№ 5

„Н.“ е уведомено за констатираните нарушения с писмо изх. № 10-22- 6/06.01.2022г. 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. Възражение е изпратено с писмо вх. № 10-22-6/21.01.2022г. (изх. № ЖИ-253 8/20.01.2022г.).

С решение за определяне на финансова корекция № ФК-2 от 17.02.2022 г. на Ръководител на УО на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014-2020 г. е наложена финансова корекция както следва:

1. В размер на 25 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 6728/10.03.2020 г. за обособена позиция (ОП) № 1 с изпълнител „АТ ИНЖЕНЕРИНГ 2000“ ООД на стойност 4 694 386,49 лв. без ДДС (4 858 528,00 лв. с непредвидени разходи без ДДС);
2. В размер на 10 % от всеки допустим разход, финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 11202/12.08.2020 г. за Обособена позиция (ОП) № 4 с изпълнител „ГИГАСТРОЙ“ ООД на стойност 4 528 040,07 лв. без ДДС (4 686 257,19 лв. с непредвидени разходи без ДДС)
3. В размер на 25 % от всеки допустим разход финансиран, от безвъзмездна финансова помощ по договор № 6734/16.03.2020 г. за Обособена позиция (ОП) № 5 с изпълнител Д. „И. 2019“ на стойност 5 253 049,79 лв. без ДДС (5 438 840,38 лв. с непредвидени разходи без ДДС).

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

По допустимостта на жалбата:

Настоящата инстанция намира за необходимо да посочи, че със Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), обн. ДВ, бр. 51 от 2022 г., в сила от 1.07.2022 г., заглавието на нормативния акт е изменено на Закон за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ). В § 70 от Преходните и заключителните разпоредби на ЗИД на ЗУСЕСИФ е посочено, че 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. В срок до 6 месеца от влизането в сила на този закон Министерският съвет и министърът на финансите следва да приемат или приведат в съответствие с него нормативните актове по прилагането на ЗУСЕСИФ, като приетите от Министерския съвет и министъра на финансите нормативни актове до влизането в сила на този закон запазват своето действие по отношение на програмния период 2014 – 2020 г. и същите ще се прилагат до приемането на актовете за програмен период 2021 – 2027 г., доколкото не противоречат на този закон (арг. § 71 ЗИД на ЗУСЕСИФ, ДВ, бр. 51 от 2022 г.). С оглед изложеното и доколкото предмет на настоящото производство е административен акт, издаден по повод управлението на средствата от ЕСИФ, по програма от програмен период 2014-2020 г. се прилагат действащите до изменението с ДВ, бр. 51 от 2022 г. разпоредби на закона и относимите към него подзаконови нормативни актове.

Жалбата е подадена от лице с правен интерес от оспорването, срещу акт, който на основание чл. 27 ал.1 във връзка с чл. 38 т. 3 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) подлежи на обжалване пред съд. С оспорения акт пряко са засегнати правата и законните интереси на жалбоподателя. Административният акт е издаден на жалбоподателя на 17.02.2022 г., а жалбата е депозирана на 04.03.2022 г., чрез административния орган в преклузивния 14-дневен срок, поради което същата е допустима.

Разгледана по същество жалбата 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. В случая ръководител на управляващия орган е министърът на транспорта, информационните технологии и съобщенията, който със заповеди № РД-08-59/03.02.2022 г. 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 Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията, приет с Постановление № 232/2009г. на МС, т.1 б. “г” от Решение № 792/2013г. на МС за определяне на органи, отговорни за управлението, контрола, координацията и одита на Европейските структурни и инвестиционни

фондове и други инструменти и инициативи на Европейския съюз през периода 2014-2020г. е възложил функциите на ръководител на управляващ орган на ОП „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. на Г. С. В. – Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“, подписала процесното решение.

Д. на посочените правомощия е допустимо, съгласно Устройствения правилник на МТИТС и чл. 9, ал. 5, предложение последно от ЗУСЕФСУ. Следователно оспореният акт е издаден от компетентен орган.

Оспорения административен акт на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. е издадено в изискуемата от закона писмена форма - чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ (сега ЗУСЕФСУ). Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК.

Съгласно чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението), преди издаването на решението за налагане на финансовата корекция 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 се издава в едномесечен срок от представянето на възраженията, като в неговите мотиви се обсъждат представените от бенефициента доказателства и направените от него възражения. Видно от доказателствата по делото, така установената процедура е била спазена – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставен двуседмичен срок за възражения. Бенефициентът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

По отношение на материалната законосъобразност на акта:

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 10 от ЗУСЕФСУ финансовата подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание друга (извън случаите по т. 1-9) нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на Европейския съюз и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет (ал. 2).

Съгласно чл. 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/ в нея са идентифицирани 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 ЕСИФ и които представляват основания за извършване на финансова корекция, както и минималните

и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции.

В мотивите на № ФК-2 от 17.02.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014-2020 г., се съдържат изводи за допуснатото от жалбоподателя нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З., нарушение на чл. 33, ал. 2 от ЗОП, във вр. с чл. 33, ал. 4 от ЗОП и нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП, във вр. с чл. 2, ал. 1 от ЗОП.

1. Според изложените мотиви в оспорения акт заложеното в документацията за обществената поръчка изискване всеки участник в обединение, който ще изпълнява строителство, да бъде вписан в ЦПРС е нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 59, ал. 6 от ЗОП във връзка с чл. 3, ал. 3 от З., тъй като това изискване е свързано с доказване на критерий за годност досежно всеки член на обединението. Съгласно чл. 3 ал.3 от З. когато физически или юридически лица се обединят за изпълнение на строежи или отделни СМР, поне един от тях трябва да е вписан в регистъра, в конкретния случай-регистрация за втора група, първа категория строежи. Ал.4 на посочената норма разписва, че участието в обединение не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра, самостоятелно да изпълняват строежи и отделни СМР. В заложеното от възложителя изискване обаче не се съдържа указание, че поставеният критерий за годност се отнася до лицата, които самостоятелно ще изпълняват строителство или отделни строителни дейности. Следователно това изискване не ограничава участието на обединения въобще, но представлява незаконосъобразно изискване за доказване на критерий за годност на обединение, тъй като нерегистрирани участници биха могли да извършват дейности съвместно с надлежно регистрираното по З. лице. Посочва се, че същността на обединенията е заедно да постигнат обща цел, като разпределението на задачите и отговорностите зависи от волята на страните, съобразена със законодателството, както и че тя не може да бъде ограничавана от поставени незаконосъобразни условия. Нарушението е квалифицирано като нередност по т.11 буква „б“ от Приложение№ 1 към чл.2 от Наредбата.

2. Относно нарушението на чл. 33, ал. 1 от ЗОП, УО е счел, че неправомерно не е предоставено разяснение на заинтересованите лица с мотив, че въпросът „не представлява разяснение по документацията за обществена поръчка по смисъла на чл. 33, ал. 1 от ЗОП“. Въпросът е ясен и се отнася до това дали възложителят приема за отговарящи на изискването за опит конкретно изпълнени дейности по пътни съоръжения - мостове и надлези, които са част от СМР на обект за рехабилитация на пътен обект от първа категория, втори клас път от РПМ т.е. дали посочените дейности са приети за идентични или сходни с предмета и обема на поръчката. Поставеният въпрос има пряко отношение към подготовката на офертата и се отнася до документацията за поръчката. Органът не възприема доводите на жалбоподателя, че компетентен орган да направи преценка по поставения въпрос е назначената комисия, тъй като единствено възложителят е компетентен да предоставя разяснения по условията в документацията, включително критериите за подбор. Органът приема, че възложителят неправомерно не е предоставил разяснение на заинтересованите лица. Нарушението е квалифицирано като нередност по т.9.3 от Приложение№ 1 към чл.2

от Наредбата.

3. По отношение на нарушението, касаещо неоснователно отстранен участник, органът излага, че нормативно признатият акт, с който се приема, че обектът е завършен и строителството е изпълнено, е Акт по образец № 15, а не Акт по образец № 16, както твърди бенефициентът, поради което УО е счел че участникът е отстранен неправилно. Изложени са аргументи за несъответствие на решението на възложителя да отстрани участника с разпоредбата на чл. 177 ал.1 от ЗУТ. Посочената разпоредба касае процеса по въвеждане на обект в експлоатация, който се случва едва след завършването на строежа. Законово регламентираният момент за завършване на строителството е уреден в чл. 176 ал.1 от ЗУТ, когато се издава констативен акт, с който се удостоверява, че строежът е изпълнен съобразно инвестиционния проект, ексекутивната документация, изискванията към строежите по чл. 169 ал.1 и 3 то ЗУТ и условията на сключения договор. Не се споделят доводите на жалбоподателя, че възможни дейности, извършвани след издаването на акт 15 пречат на заключението, че строежът е завършен, както и че в ЗОП фигурира изискване изпълнените на строителството или неговата завършеност да се отнася само до обекти, за които има издаден акт №16. Заключено е, че участникът „Юнайтед Пропърти Груп“ ЕООД е отстранен незаконосъобразно. Нарушението е квалифицирано по т.14 от Приложение№ 1 към чл.2 от Наредбата.

Тези доводи от страна на УО са правилни и напълно се споделят от настоящия съдебен състав.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от 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.

А чл. 59 ал. 6 ЗОП предвижда, че при участие на обединения, които не са юридически лица, съответствието с критериите за подбор се доказва от обединението участник, а не от всяко от лицата, включени в него, с изключение на съответна регистрация, представяне на сертификат или друго условие, необходимо за изпълнение на поръчката, съгласно изискванията на нормативен или административен акт и съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението. Нормата на чл. 3 ал. 2 от З. предвижда, че строителите, изпълняващи строежи от първа до пета категория по чл. 137, ал. 1 от Закона за устройство на територията или отделни видове строителни и монтажни работи, посочени в Националната класификация на икономическите дейности, позиция "Строителство", подлежат на вписване в Централния професионален регистър на строителя, наричан по-нататък "регистъра". Чрез този текст законодателят установява, че строежите от първа до пета категория по ЗУТ се изпълняват от строители, надлежно вписани в посоченият регистър.

На следващо място чл. 3 ал. 3 от З. действително предвижда, че: „Когато физически или юридически лица се обединяват за изпълнение на строежи или отделни видове

строителни и монтажни работи по ал. 2, поне един от участниците в обединението трябва да е вписан в регистъра.“ Разпоредбата на ал. 4, регламентира, че участието в обединението по ал. 3 не поражда права за лицата, които не са вписани в регистъра самостоятелно да изпълняват строежи или отделни строителни и монтажни работи по ал. 2.

Предвиденото изключение по отношение на обединенията, съчетано с нормативното изискване по чл. 3 ал. 4 от З. дейността по строителство на строежи от първа до пета категория, както и изпълнението на отделни СМР да се изпълнява само от лица, вписани в съответния регистър, налага извода, че при изпълнението на поръчката участниците в обединението, които не са регистрирани в ЦПРС биха могли да извършват дейности съвместно с надлежно регистрираното по З. лице. Правилно органът е отбелязал, че в заложеното изискване не се съдържа указание, че този критерий се отнася до лицата, които самостоятелно ще изпълняват строителство или отделни строителни дейности.

В този смисъл извода на УО се явява съответен на разписаното в чл. 3 ал.4 от З.. Вярно е, че тази законова постановка не допуска изпълнение на строеж самостоятелно или отделни СМР за лица, които не са надлежно вписани в регистъра. Процесният строеж е квалифициран като такъв от Първа категория, втора група строежи и това обстоятелство се явява безспорно между страните. Бидейки строеж от Първа категория, съгласно чл.137 ал.1 ЗУТ, той не може да бъде изпълняван от лице, което не е надлежно вписано в регистъра, като тук следва да се посочи, че невписан в регистъра участник в обединение за изпълнение на строителство, би могъл да участва в поръчката, без обаче да се ангажира с пряка строителна дейност. Съществената последица от така формулираното изискване е, че документът се изисква не от всички членове в обединението изобщо, а само от тези, които ще изпълняват строителни работи. Т.е. по отношение на другите членове – доказващи опит, занимаващи се с логистика и снабдяване и т.н. подобно изискване не е налице, което е в унисон с ал. 4 на чл. 3 от З.. Следователно така заложеното изискване за всеки от участниците в обединение да са вписани в Централния професионален регистър на строителя е ограничаващо и незаконосъобразно.

Относно нарушението по чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, изразяващо се в непредоставяне на разяснения по 1 въпрос, касаещ дали възложителят приема за отговарящи на изискването за опит изпълнени дейности по пътни съоръжения – мостове и надлези, които са част от СМР на обект рехабилитация на пътен обект от Първа категория – втори клас път от РПМ, а именно: изграждане на нови тротоарни блокове, изграждане на нова преходна плоча, изграждане на ново подпорна стена при устой на ЖП надлез и армиран бетон върху плоча, същото е безспорно установено. Съгласно чл. 33, ал. 1 и, ал. 2 от ЗОП лицата могат да поискат писмено от възложителя разяснения по решението, обявлението и документацията за обществената поръчка до 10 дни преди изтичане на срока за получаване на офертите, а възложителят предоставя разясненията в 4-дневен срок от получаване на искането. Съгласно чл. 33, ал. 4 от ЗОП разясненията се предоставят чрез публикуване на профила на купувача в 4-дневен срок от получаване на искането.

Жалбоподателят твърди, че не е предоставил отговори на зададените въпроси, тъй като това би дало предимство на участника отправил въпроса. Настоящата съдебна инстанция споделя извода на УО в насока, че целта на разясненията, предвидени в чл. 33 от ЗОП е да бъде изяснена волята на възложителя, обективизирана в решението, обявлението и документацията, когато има неяснота, неточност или др. съмнение при формулиране на условията на обществената поръчка, при спазване на заложените в чл. 2, ал. 1 от ЗОП принципи за публичност, прозрачност, пропорционалност, свободна и лоялна конкуренция и равнопоставеност и недопускане на дискриминация.

Видно от естеството на повдигнатият въпрос от заинтересованото лице, той касае условията и изискванията, свързани с участието в процедурата за възлагане на обществена поръчка, отправен е писмено до възложителя и се отнася до документацията за поръчката, но конкретен отговор на тези въпроси не е предоставен от страна на възложителя. Изискването за публикуване на разясненията е конкретно проявление на принципите на равнопоставеност, публичност и прозрачност, а следователно и на свободната конкуренция, като предпоставки за нейното осъществяване. Именно поради тази значимост на задължението на възложителя законодателят го е дефинирал императивно, без възможност за преценка да бъде или да не бъде изпълнявано.

Ето защо съдът приема за неоснователно възражението на жалбоподателя, че от него е изискано да извърши преценка за съответствие на конкретна оферта с изискванията на възложителя на предварителен етап преди изтичане на срока за получаване на офертите, която не може да бъде разглеждана като разяснения по решението, обявлението и документацията за обществена поръчка по смисъла на чл. 33, ал. 1 и, ал. 2 от ЗОП. Възложителят не е изпълнил задължението си по чл. 33, ал. 1, 2 и, ал. 4 от ЗОП за предоставяне на разяснение по документацията за поръчката, като това нарушение е извършено преди крайния срок за получаване на оферти и преди назначаването на комисия по чл. 103 от ЗОП за извършване на преценка допустимост и оценката на офертите на участниците провеждане на процедурата.

Следва да се посочи, че позоваването от страна на възложителя на чл. 103 от ЗОП е неоснователно, тъй като чрез въпросите от възложителя не е изискано да се извърши преценка за съответствие на конкретна оферта с предварително обявените изискванията за участие в процедурата. Не е поискано и да бъдат направени промени в сочените изисквания.

Относно неоснователно отстранения участник в процедурата, представляващо нарушение на чл. 107, т. 1 от ЗОП, настоящият съдебен състав споделя доводите на УО за извършено нарушение.

Безспорно от цитираната нормативна уредба възложителят има право да отстрани участник, който не отговаря на заложените изисквания. Спорът по това нарушение се свежда до това, дали участникът отговаря на заложените технически и професионални възможности. Заложено е изискване част от експертите да са участвали в определен брой завършени проекти. Участникът „Юнайтед Пропърти Груп“ ЕООД е посочил строителството на обект, който е довършен на етап акт № 15. Възложителят е приел,

че не е изпълнил условията, тъй като обектът не е въведен в експлоатация с акт 16, поради което не е налице завършено строителство и е отстранил участника.

Споделят се доводите на УО, че неправилно е отстранен участникът, според заложените критерии. Съгласно чл. 177, ал. 1 от Закона за устройство на територията (ЗУТ) въвеждането в експлоатация на един обект става въз основа на искане на възложителя, който представя окончателен доклад по чл. 168, ал. 6 ЗУТ, договорите с експлоатационните дружества за присъединяване към мрежите на техническата инфраструктура, технически паспорт и сертификат за проектни енергийни характеристики и посочва идентификаторът на обекта. Всички тези изисквания са извън компетентността на строителя - той нито е отговорен за окончателния доклад на строителния надзор, нито може да сключи договори с експлоатационни дружества, нито е отговорен за изготвянето на технически паспорт на обекта. Това са задължения на други участници в строителството, освен това, само от преценката на възложителя зависи дали и кога ще подаде заявление за въвеждане на строежа в експлоатация. ЗУТ и подзаконовите актове за неговото изпълнение посочват друго доказателство за опит на строителя, което оценява само и единствено неговата дейност и това е констативния акт за установяване на годността за приемане на строеж, т. нар. акт № 15 (Приложение № 15 от Наредба № 3). Съгласно чл. 7, ал. 3, т. 15 от Наредба № 3 актът за установяване на годността за приемане на строежа се съставя на основание чл. 176, ал. 1 ЗУТ, т.е. след завършване на строежа, от възложителя, проектантите по всички части на проекта, строителя, лицето, упражняващо строителен надзор и от технически правоспособните физически лица към него. Следователно, това са именно субектите, които пряко отговарят и контролират строителния процес и гарантират на възложителя, че изпълнението на обекта съответства на проекта и желаното качество. Ако тези субекти установят чрез съставянето на акт № 15, че строителството е извършено в съответствие със заложените изисквания, това е гаранция за това, че строителят е завършил строежа с исканото качество. (РЕШЕНИЕ № 10773 ОТ 06.08.2020 Г. ПО АДМ. Д. № 12065/2019 Г., VII ОТД. НА ВАС).

Съгласно чл. 143, ал. 1 от Регламент № 1303/2013 и чл. 98 Регламент № 1083/2006, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122, ал. 2 от Регламент № 1303/2013 държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Съгласно нормата на чл. 2, т. 36 от Регламент (ЕС) № 1303/2013, за да е налице нередност е необходимо да е налице: а) действие или бездействие на икономически оператор, б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. По делото е безспорно, че първият елемент на определението е налице, понеже жалбоподателят има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове чрез административен договор по оперативна програма „Добро управление“, сключен на основание чл. 45, ал. 1 и ал. 2 от ЗУСЕФСУ (ЗУСЕСИФ преди изменението) и е получил безвъзмездно финансиране. Като страна по договор за безвъзмездна

финансова помощ, оспорващият е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране.

За да е налице нередност е необходимо да е налице и третият елемент на фактическия състав на нередността – нарушението да има или да би могло да би има като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет. Съдът на Европейския съюз е установил в практиката си като преценка има ли или би ли могло съответното нарушение на правилата за обществените поръчки да нанесе вреда на бюджета на Съюза следното: "че неспазването на правилата за възлагане на обществени поръчки съставлява нередност по смисъла на член 2, точка 7 от Регламент № 1083/2006, доколкото не може да се изключи възможността то да има отражение върху бюджета на съответния фонд" – решение от 14 юли 2016, Wroclaw, C-406/14, EU:C:2016:562, точка 45 (член 2, точка 7 от Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета от 11 юли 2006 година за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, и Кохезионния фонд и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1260/1999 е идентична с член 2, точка 36 от Регламент № 1303/2013 и позоваването на отменения регламент, с оглед на член 152, параграф 2 от Регламент № 1303/2013 се счита за позовавания на новия).

За да бъде законосъобразно наложена финансовата корекция, не е достатъчно само да се установи допуснатото от възложителя нарушение при провеждането на процедурата по възлагане на обществена поръчка. Съобразно вида на допуснатото нарушение следва да бъде извършена съответната правна квалификация на нередността, съгласно разпоредбите на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. В мотивите на оспореното решение е посочено, че нарушението на чл. 2 ал.2 от ЗОП вр. чл. 59 ал.6 от ЗОП и чл. 3 ал.3 от З. е квалифицирано като нередност по т.11 б. "б" от Наредбата – дискриминационни критерии/условия/спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор за което е предвиден размер на финансова корекция 10%;, нарушението на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП представлява нередност по т. 9. 3 от Наредбата - липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация, за което е предвидена финансова корекция в размер на 10 %, а нарушението на чл. 107, т. 1 от ЗОП е определено нередност по т. 14 от Наредбата „Критериите за подбор или техническите спецификации са променени след отварянето на офертите или са приложени неправилно“, за което нарушение е предвидена финансова корекция в размер на 25 %.

Безспорно е, че в случая финансовата корекция следва да бъде определена по реда на чл. 72, ал. 3 ЗУСЕФСУ, тъй като естеството на нарушенията е такова, че не позволява количествено изражение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с чл. 70, ал. 2 ЗУСЕСИФ органът е квалифицирал установената нередност към видовете нарушения по Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата. Правилно е обосновано и приложението на пропорционален метод и размера на наложената корекция.

Въз основа на изложеното, съдът прави извод, че решение № ФК-2 от 17.02.2022 г.

на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014-2020 г., с което е наложена финансова корекция следва да се потвърди като правилно и законосъобразно.

С оглед изхода на спора и предвид разпоредбата на чл. 143, ал.4 от АПК в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 /двеста/ лв., определен на основание чл.78, ал. 8 ГПК вр. чл. 144 АПК, вр.чл.37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, Трето отделение 62-ри състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на „Национална компания железопътна инфраструктура“, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица], срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-2 от 17.02.2022 г. на Ръководител на Управляващия орган (УО) на Оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ (ОПТТИ) 2014-2020 г.

ОСЪЖДА Национална компания железопътна инфраструктура“, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерство на транспорта сумата от 200 (двеста) лева, представляваща разноски по делото.

Решението подлежи на обжалване в 14-дневен срок от съобщаването му до страните пред Върховния административен съд.

СЪДИЯ:

