

# РЕШЕНИЕ

№ 5509

гр. София, 27.09.2022 г.

## В ИМЕТО НА НАРОДА

**АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 70 състав,**  
в публично заседание на 28.06.2022 г. в следния състав:

**СЪДИЯ: Радина Карамфилова**

при участието на секретаря Илияна Тодорова, като разгледа дело номер **2567** 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 вр. чл. 27, ал. 1 от Закона за управление на средствата на Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ/вр. чл. 145 и сл. от 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-3/21.02.2022 г. на Ръководител на УО на ОПТТИ 2014-2020 г. по одобрен проект № BG16M10P001-1.001- 0003 „Рехабилитация на железопътната линия П.-Б., Фаза 2“, с което е определена финансова корекция на бенефициера в размер на в размер на 10 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 6567/03.10.2019 г. с предмет: „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътната линия П.-Б.“ по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2” на стойност 184 999 094,47 лв. без ДДС и с изпълнител Д. Консорциум „П.“.

В жалбата се излагат доводи за незаконосъобразност поради противоречие с материалния закон и съществени нарушения на административнопроизводствените правила - основание за отмяна по чл. 146, т. 3 и т. 4 от АПК. Твърди, че решението за определяне на финансова корекция е издадено извън регламентирания за това срок, съобразно изискването на чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, както и при липса на мотиви по реда на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК, относно приемането на пропорционалният метод за определяне на ФК. По същество на спора, относно констатациите на Р. касаещи

незаконосъобразният предмет на обществената поръчка и независимо, че с решението УО на ОПТТИ 2014 - 2020 г. не налага корекция във връзка с тази констатация поради принципа на некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най - високата от тях, счита твърденията в тази част за неоснователни и необосновани. Излага доводи, че Р. не е съобразил обстоятелството, че от страна на Агенцията за обществени поръчки (А.) е осъществен контрол по чл. 232 от ЗОП (последващ/окончателен) и на 11.12.2017 г. е представено становище, с констатация, че не са установени несъответствия с изискванията на ЗОП. Неправилно било и твърдението на Р. за нарушение на чл. 21, ал. 17 от ЗОП. Счита, че с оглед предмета на поръчката е необходимо наличието на специализирани автомобили, окомплектовани със специализирано оборудване, с наличието на което се гарантирало систематизирано наблюдение и контрол на оперативните параметри при въвеждането на системите за сигнализация и телекомуникации в участъка П. – Б.. По отношение на констатациите касаещи нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, твърди че същите са неправилни и не е е налице нередност по смисъла на т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове. Счита, че твърдяното от УО непредоставяне на разяснение, би означавало възложителят да не е публикувал в Профила на купувача какъвто и да е отговор на поставени въпроси от страна на участници в процедурата, какъвто не е настоящият случай. Подробни доводи в тази насока е развил в жалбата. С оглед на изложеното моли съда да постанови решение, с което да отмени обжалвания акт, като незаконосъобразен. Претендира разноски по делото.

В съдебно заседание, жалбоподателят, чрез процесуалния си представител, поддържа жалбата и твърденията си, относно незаконосъобразността на оспорения акт и моли съда да отмени оспореното решение.

Ответникът - Ръководителя на Управляващия орган на оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. и Директор на Дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщения, в депозирания отговор по жалбата оспорва същата, като неоснователна.

В провело се съдебно заседание ответникът, чрез процесуалния си представител държавен експерт с юридическо образование Й. поддържа депозираният отговор. Претендира разноски по делото.

Софийска градска прокуратура, редовно призована, не изпраща представител и не изразява становище.

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД С.-град, III отделение, 70 състав след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, за да се произнесе съобрази следното от фактическа страна:

Не се спори по делото, че между Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщенията, чрез министъра на транспорта, информационните технологии и съобщенията и Ръководител на Управляващия орган на оперативна програма „Транспорт и транспортна инфраструктура“ 2014-2020 г. и жалбоподателят

е сключен административен договор за предоставяне на безвъзмедна финансова помощ с рег. № BG16M1OP001-1.001 за изпълнение по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2” на стойност 184 999 094,47 лв. без ДДС

Съобразно сключеният договор за безвъзмедна финансова помощ и залегналите в него задължения, жалбоподателят, в качеството му на бенефициер по предоставената помощ е провел обществена поръчка – открита процедура по ЗОП с предмет: „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътна линия П.-Б.” по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2”.

Въз основа на така проведената обществена поръчка е сключен договор № 6567 от 03.10.2019 г. с изпълнител „Д. Консорциум „П.“ на стойност 184 999 094,47 лв. без ДДС.

Видно от представеното към административната преписка писмо рег. № 10-22-4 от 06.01.2022 г., приобщено към доказателственият материал по делото Ръководителя на УО на ОПТТИ, е уведомил жалбоподателят, че при извършена проверка на откритата процедура по ЗОП с предмет: „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътна линия П.-Б.” по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2” на УО е връчен окончателен доклад от проверка на ОО /ОСЕС/, като в резултат на проверката били констатирани следните нарушения: 1./ Незаконсъобразен предмет на поръчката и 2./ Нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП.

Във връзка така констатираната от УО нередност, жалбоподателят е депозирал възражение с рег. № 10-22-4 от 18.01.2022 г.

С оглед на така установените нередности, Ръководителят на УО на ОПТТИ е издал решение за определяне на финансова корекция рег. № ФК – 3 от 21.02.2022 г. с което, във връзка констатирано нарушение на чл. 21, ал. 17 от ЗОП изразяващо се в незаконсъобразен предмет на поръчката и нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, представляващи нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, е определил финансова корекция в размер на 10 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмедна финансова помощ по договор № 6567/03.10.2019 г. за „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътната линия П.- Б.” с изпълнител Д. Консорциум „П.” на стойност 184 999 094.47 лв. без ДДС (191 652 408,56 лв. с непредвидени разходи без ДДС). Финансовата корекция за всяка от установените нередности, с решението е определена като обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент, а именно: 10%

По отношение на първото констатирано нарушение Р. е приел в мотивите на решението, че в техническите спецификации за обектите от документацията по поръчката са предвидени следните видове доставки:

доставка на 11 броя специални автомобили, оборудвани с измервателна и тестова апаратура, съгласно т. 2.1. Предмет на договора от Техническата спецификация обща част Етап II: Изграждане (строителство), както и т. 3.3.2.1. от проекта на договора;

доставката на измерватели уреди, сплайсери и тестери, както и 4 броя специални автомобили, оборудвани с измервателна и тестова апаратура (два броя подходящи леки автомобили с повишена проходимост за сервизна дейност – по телекомуникации

по участъка на жп линията П. - Б. и два броя за поддръжка на GSM-R мрежата) съгласно т. 5.2.13 и т. 17.6.5. от Обяснителна записка към Идейния проект по част: телекомуникации и т. 11, подточка 9 от Количествените сметки;

доставка на 7 броя леки автомобили с висока проходимост/специални автомобили с постоянно монтирана апаратура съгласно Количествените сметки към Идейните проекти по част Сигнализация: DP signalizacia 10 M. KLCKN-I-00-1-SI-200-R7 (3 броя); IP signalizacia 3 M. - P2-12-000-1-SI-000-R24 (1 брой); BP dispecherska KI.CKN-2-00-1-SI-200-RI+v4 (1 брой); IP etcs P2-03-000-I-S1TI-001 -R2+v4 (2 броя);

доставка на: комплект инструменти за поддръжане на МКЦ и системата броячи на оси. мегаомметър 1000V, електрически поялник 100W. електрически поялник с регулиране на температурата, алуминиеви стълби, многофункционален измервателен уред. обзавеждане стаята на дежурен ръководител, шкаф библиотека за техническа документация, разтегателна маса (за чертежи), канцеларско бюро, метални столове с тапицерия и въртящи столове, дървена стълба, стелаж за резервна апаратура, електрически радиатор, настолен шмиргел, настолна електрическа бормашина, ъглошлайф, електрожен съгласно Количествените сметки към Идейните проекта по част Сигнализация за отделните гари (IP signalizacia 10 M. KLCKN-I- 00-I-SI-200-R7; IP signalizacia 3 M. - P2-I2-000-I-S1-000-R24; IP dispecherska KLCKN-2-00-1-SI-200-R1+V4);

доставка на аптечка, предпазни очила, гумени ботуши, гумена престилка, гумени ръкавици, диелектрични ръкавици, диелектрично килимче съгласно Количествените сметки към Идейните проекти по част Сигнализация за отделните гари (IP signalizacia 10 M. KLCKN-I- 00-I-SI-200-R7; IP signalizacia 3 M. - P2-I2-000-I-SI-000-R24).

Прието било, че посочените доставки не попадали в обхвата на определението за строителство по чл. 3, ал.1., т. 1 от ЗОП. Същите не са необходими за изпълнението на строителните и монтажните работи, включени в предмета на поръчката. Р. е посочил, че дейностите по доставката на автомобили, предмети за първоначално обзавеждане и на предпазни средства и съоръжения не са относими и необходими за изпълнението на основния предмет на поръчката по извършване на строителството. Те представляват интерес за различен кръг стопански субекти и предпоставят наличието на специфичен опит, икономически и технически възможности, поради което са незаконосъобразно включени в предмета на тази поръчка. Изведени са констатации, че изброените доставки подлежат на самостоятелно възлагане по реда, съответстващ на общата стойност на идентичните или сходни доставки на възложителя през съответния период при спазване на принципите по чл. 2, ал. 1 от ЗОП. Вместо това доставките са възложени, без за тях да е приложен принципът за свободна конкуренция годните да изпълнят само доставките икономически оператори не са се конкурирали в рамките на съответната предвидена в закона процедура. Стойността на тези доставки не е фиксирана от възложителя. Съгласно офертата на избрания изпълнител и Актуализация на разбивката на цената № I в Тристранен протокол № 01/30.11.2020 г. (Приложение № 1) стойността им е 918 387,86 лв. без ДДС. Предвид изложеното е прието, че е налице нарушение на чл. 21, ал. 17 от ЗОП, а именно: „При определяне стойността на договор за строителство не се допуска включването на доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение“, което е представлява нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор за

обществена поръчка. С оглед наличието на друга нередност и предвид принципа за некумулиране на финансовите корекции и прилагане на най-високата от тях, за настоящата УО не е определил допълнителна финансова корекция.

Относно втората констатация за нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, Р. е приел, че било установено, че възложителят не е предоставил разяснения по 6 бр. от поставените към него въпроси с мотив, че тези въпроси „не представляват разяснение по смисъла на чл. 33 от ЗОП“. Посочените въпроси са, както следва:

въпрос № 7 от разяснение № 31 (изх. № ЖИ-11807/26.03.2018 г.) касае предоставянето на допълнителни документи или нов ЕЕДОП при хипотезата на чл. 54, ал. 7, ал. 9 и ал. 11 от ЗОП при участие на обединение: дали възложителят ще приеме за достатъчно еЕЕДОП-ите на всички икономически оператори в офертата да бъдат подписани с фирмения електронен подпис на един от членовете на обединението;

въпроси №№ 1 и 6 от разяснение № 35 (изх. № ЖИ-11967/27.03.2018 г.) - касае искане на пояснения относно съдържанието на документацията за поръчката, тъй като от една страна проектът не предвижда средства за рехабилитация на железния път по осми приемно-отправен коловоз, но същевременно съгласно документацията IP signalizacia 10 M. KLCN-1-00-I-SI- 200-R7, раздел 3.1.15.4.1. Установяване на маршрут (Нова 3.) е посочена необходимост от увеличаване на броя на приемно-отправните коловози до десет.

въпрос № 12 от разяснение № 35 (изх. № ЖИ-11967/27.03.2018 г.) дали възложителят ще приеме техническо решение, в което се използват FXS адаптери, поддържащи АС захранване с оглед поставеното от него изискване пол номер 9.7.13. в документ „ТС-част Т.“ аналоговите FXS адаптери да поддържат DC захранване 48 V;

въпрос № 13 от разяснение № 35 (изх. № ЖИ-11967/27.03.2018 г.) - дали възложителят ще приеме техническо решение, в което се използват маршрутизатори с вградена flash памет, осигуряваща изисквания капацитет съгласно изискване под номер 9.4.21. в документ „ТС-част Т.“ маршрутизаторът да разполага с поне два външни слота за compact flash памет, които да осигуряват минимум 256 MB памет за съхранение на данни и възможност за увеличение на капацитета до 8 GB;

въпрос № 7.2 от разяснение № 38 (изх. № ЖИ-12193/28.03.2018 г.) - касае искане за пояснения от възложителя относно допустими по-кратки срокове от посочените в документацията за минимална продължителност на прекъсване на всяко едно гарово устройство на сигнализация (М. или Р.) от 30 или 90 денонощия в зависимост от гарата.

Всички цитирани по-горе искания Р. е приел, че касает условията и изискванията, свързани с участието в процедурата за възлагане на обществена поръчка и подготовката на офертите. Въпросите са отправени писмено и се отнасят до условия, съдържащи се в документацията за обществена поръчка. Следователно възложителят неправомерно не е предоставил разяснения на заинтересованите лица, поради което е допуснал нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, представляващо нередност по т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, за което е предвидена финансова корекция в размер на 10 на сто от разходите по засегнатия договор за обществена поръчка.

По делото са приобщени като доказателства и документацията за провеждане на обществена поръчка с предмет „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътна линия П.-Б.“ по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“.

При така установената фактическа обстановка се налагат следните правни изводи:

По допустимостта:

Жалбата е подадена в срока по чл.149 АПК, от лице с правен интерес – адресат на акта и срещу акт подлежащ на съдебен контрол, съгласно чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ, поради което същата е процесуално допустима.

Разгледана по същество, жалбата е неоснователна по следните съображения:

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:

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 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. и № РД-08-415 от 04.10.2018 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.

Актът съдържа фактически и правни основания с оглед на изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Като фактическо основание за издаване на акта са посочени констатирани нередности по проведена обществена поръчка с предмет: „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътна линия П.-Б.“ по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2, а от правна страна за налагане на финансовата корекция е посочен чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ и т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности и т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности

Законодателят е регламентирал специални правила за процедурата по определяне на финансовата корекция по основание и размер. Съгласно чл. 73, ал. 2 ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансовата корекция ръководителят на Управляващия орган е длъжен да осигури възможност на бенефициера да представи в разумен срок, който не може да бъде по-кратък от две седмици, писмени възражения по основателността и размера на корекцията. В чл.73,

ал. 3 ЗУСЕСИФ е предвидено, че 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 настоящия случай не спори, че изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ е спазено. Представени са и възражения от страна на жалбоподателя, във връзка основателността на регистрирания при УО на ОПТТИ сигнал.

Неоснователно е направеното от страна на жалбоподателя възражение за допуснати нарушения на административнопроизводствените правила, тъй като не е спазен предвидения в чл. 73, ал. 3 от ЗУСЕФСУ едномесечен срок за издаване на решението. Така определения в цитирана норма срок е инструктивен и неспазването му няма за последица отмяна на решението. В този смисъл е и трайната съдебна практика на ВАС, Седмо отделение.

При издаване на решението е спазена законово установената процедура съгласно разпоредбите на чл. 73 от ЗУСЕФСУ

Предвид гореизложеното, съдът приема, че в хода на процедурата по установяване и налагане на финансовата корекция не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила, като доводите изложени от жалбоподателя в тази насока са неоснователни.

Материалната законосъобразност на акта за определяне и налагане на финансова корекция се свързва с проверка дали е сочено от органа основание за налагането ѝ, правилно ли е определен размера при прилагане на пропорционалния метод, и дали са пречки за настъпване на разпоредените последици. Основание за налагане на финансовата корекция в случая се свързва с наличието на нередност чрез посочените като нарушения на ЗОП действия, осъществени в хода на процедура по възлагане от Н. на обществена поръчка.

Съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. По силата на законова делегация, установена в чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ с ПМС № 57/28.03.2017 г. е приета Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, (включително нередности, за които се извършват финансови корекции по, ал. 1, т. 9) и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове, в сила от 31.03.2017 г. (наричана по-долу за краткост Наредбата). Нередностите, както и приложимите процентни показатели на финансови корекции за тях, са посочени в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата.

Съгласно чл. 143 (1) от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общо приложими 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. 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 жалбоподателят ДП „Н.“ участва като бенефициент в изпълнението на помощта от Европейските структурни и инвестиционни фондове, същият несъмнено се явява икономически оператор, който може да бъде субект на извършена нередност по смисъла на чл. 2, т. 36 от Регламент 1303/2013 г. В този смисъл първият елемент от фактическия състав на „нередността“ е налице.

Вторият елемент е действие или бездействие, което води до нарушението на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагане, а третият елемент от фактическия състав на „нередността“, 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. Фактическият състав на „нередността“ следва да бъде доказан и обоснован от административния орган, в проведеното административно производство, по определяне и налагане на финансовата корекция. 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.

В тежест на административният орган е с оглед на чл.170 ал.1 от АПК да докаже, че има нарушения на правото на ЕС или националното законодателство, извършени от бенефициента по проведената обществена поръчка.

По отношение на втората кумулативна предпоставка от фактическия състав на нередността, съдът намира следното:

В процесния случай за да определи финансова корекция ръководителя на УО на ОПТТИ е посочил, че са налице две нарушения. Първото касае незаконосъобразен предмет на поръчката, с което е нарушен чл. 21, ал. 17 от ЗОП, а второто нарушение е свързано с липса на предоставяне на разяснения съгласно чл. 33, ал. 2 от ЗОП, което от своя страна е прието за нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП.

По отношение на първата констатация за незаконосъобразен предмет на поръчката, представляваща нередност по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, съдът намира следното:

Изводът на административния орган, че е извършено нарушение на чл. 21, ал. 17, във връзка с чл. 3, ал. 1, т. 1 и, ал. 2 от ЗОП, квалифицирано като нередност по т. 11 от Приложение 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, е обоснован от фактическа страна с констатацията, че съгласно техническите спецификации за обектите от документацията по поръчката са предвидени доставки на автомобили, предмети за първоначално обзавеждане и на предпазни средства и съоръжения, които не са относими и необходими за изпълнението на основания предмет на поръчката по извършване на строителство.

Съдът намира, че съответен на доказателствата по делото и на материалния закон е изводът на УО, че възложителят е допуснал нарушение на чл. 21, ал. 17 във вр. с чл. 3, ал. 1 ЗОП.

Съгласно чл. 21, ал. 17 ЗОП, при определяне стойността на договор за строителство



не се допуска включването на доставки или услуги, които не са необходими за неговото изпълнение. В съответствие с чл. 3, ал. 1 ЗОП, обект на обществени поръчки е строителството, включително: а) изпълнение или проектиране и изпълнение на строителство, свързано с една от дейностите по приложение № 1; б) изпълнение или проектиране и изпълнение на строеж. В настоящия случай изискването на цитираната норма не е спазено от бенефициера. Правилно УО е приел, че дейностите по доставка на автомобили окомплектовани със специализирано оборудване, предмети за първоначално обзавеждане и на предпазни средства и съоръжение не касаят изпълнението на основния предмет на поръчката по извършване на строителството. Тези доставки на оборудване и обзавеждане са свързани с поддръжка по време и експлоатация на обекта, като доставката им не е свързана с предмета на строителството. 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. В тази връзка е и чл. 49, ал. 1 от ЗОП, според който Техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите и участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Както е видно от техническите спецификации към документацията за обществената поръчка, в нейния предмет са включени и доставки на автомобили със съответно специализирано оборудване, което само по себе си е необходимо за провеждане на тестове, не са функционално свързани със строителството. Доставките на оборудване и обзавеждане, в това число и доставката на аптечка, предпазни очила и др. подобни са необходими за изпълнението на финализирания проект и са свързани с експлоатацията на обектите от предмета на поръчката, а не със самият предмет на поръчката – строителство. Наред с това същите следва да се възложат самостоятелно по реда и съгласно изискванията на ЗОП, както правилно е посочил административният орган.

С оглед на изложеното, съдът намира, че от страна на бенефициера е допуснато нарушение на чл. 21, ал. 17 ЗОП, като правилно е квалифицирано от страна на административния като нередност на т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности.

Относно нарушението по т. 2 на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП, изразяващо се в непредоставяне на разяснения по 6 броя въпроси, а именно въпрос № 7 от разяснение № 31, въпроси № № 1 и 6 от разяснение № 35; въпрос № 12 от разяснение № 35; въпрос № 13 от разяснение № 35 и въпрос № 7.2 от разяснение № 38, квалифицирано като нередност на т. 9.3 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, съдът намира следното:

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, като това е видно от страницата на възложителя в профила на купувача, които отговори са неправилно интерпретирани от административния орган и не може да се приеме, че е налице непредоставяне на разяснения.

Посочените въпроси са както следва: въпрос № 7 от разяснение № 31 (изх. № ЖИ-11807/26.03.2018 г.) касаещ предоставянето на допълнителни документи или нов ЕЕДОП при хипотезата на чл. 54, ал. 7, ал. 9 и ал. II от ЗОП при участие на обединение: дали възложителят ще приеме за достатъчно еЕЕДОП-ите на всички икономически оператори в офертата да бъдат подписани с фирмения електронен подпис на един от членовете на обединението; въпроси №№ 1 и 6 от разяснение № 35 (изх. № ЖИ-11967/27.03.2018 г.) - касащи искане на пояснения относно съдържанието на документацията за поръчката, тъй като от една страна проектът не предвижда средства за рехабилитация на железния път по осми приемно-отправен коловоз, но същевременно съгласно документацията IP signalizacia 10 M. KLCKN-1-00-I-SI- 200-R7, раздел 3.1.15.4.1. Установяване на маршрут (Нова 3.) е посочена необходимост от увеличаване на броя на приемно-отправните коловози до десет; въпрос № 12 от разяснение № 35 (изх. № ЖИ-11967/27.03.2018 г.) касаещи дали възложителят ще приеме техническо решение, в което се използват FXS адаптери, поддържащи AC захранване с оглед поставеното от него изискване пол номер 9.7.13. в документ „ТС-част Т.“ аналоговите FXS адаптери да поддържат DC захранване 48 V; въпрос № 13 от разяснение № 35 (изх. № ЖИ-11967/27.03.2018 г.) - дали възложителят ще приеме техническо решение, в което се използват маршрутизатори с вградена flash памет, осигуряваща изисквания капацитет съгласно изискване под номер 9.4.21. в документ „ТС-част Т.“ маршрутизаторът да разполага с поне два външни слота за compact flash памет, които да осигуряват минимум 256 MB памет за съхранение на данни и възможност за увеличение на капацитета до 8 GB и въпрос № 7.2 от разяснение № 38 (изх. № ЖИ-12193/28.03.2018 г.) - касаещ искане за пояснения от възложителя относно допустими по-кратки срокове от посочените в документацията за минимална продължителност на прекъсване на всяко едно гарово устройство на сигнализация (М. или Р.) от 30 или 90 денонощия в зависимост от гарата.

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 повдигнатите въпроси от заинтересованите лица, те касаят условията и изискванията, свързани с участието в процедурата за възлагане на обществена поръчка. Те са отправени писмено до възложителя и се отнасят 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 разяснение 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.

Това нарушение на националното законодателство, произтичащо от бездействията на бенефициента - възложител на поръчката, се характеризира с потенциален негативен финансов ефект за общностния бюджет - би могло да нанесе вреда на средствата от ЕСИФ, тъй като от негова страна не е даден отговор по същество на отправените му въпроси и по този начин е създадена потенциална възможност за ограничаване участието на определен кръг потенциални икономически оператори, които са имали възможност да изпълнят предмета на обществената поръчка. В подобни случаи негативното финансово влияние се състои в това, че въпреки че не може да бъде доказан отказ от участие по изложената причина, се приема и се презюмира, че непредоставянето на разяснения има препятстващо участие влияние върху потенциални кандидати. Същото намалява конкуренцията, което намалява възможностите на бенефициента да избере икономически най-изгодната оферта, което от своя страна води до вреда на бюджета на ЕС.

При тези данни, административният орган правилно е приел, че е налице нередност по т. 9.3 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 ЗУСЕИФ - "Липса на предоставяне/публикуване на разяснения/допълнителна информация; - 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".

Налице е и третият елемент от фактическия състав на нередността.

Нередността е нарушение на разпоредба на общностното право, което има или би могло да има за последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Европейския съюз. Следователно регламентите, които се прилагат с предимство спрямо националното законодателство, изискват само потенциалната възможност да бъде нанесена вреда на бюджета. Установеното нарушение има финансово отражение, предвид законовата цел средствата от европейските фондове да бъдат изразходвани законосъобразно и ефективно. В този смисъл е и актуалната съдебна практика – Решение № 12546/19.10.2017г. по адм.дело № 8538/2017г. по описа на ВАС, VII-мо отделение, Решение № 12921 от 27.10.2017г. на ВАС, по адм.дело № 9124/2017г. по описа на ВАС, VII-мо отделение, Решение № 10332/07.08.2017г. по адм.дело № 14544/2016г. по описа на ВАС, VII-мо отделение.

Възраженията на жалбоподателя относно начина на определяне на финансовата корекция и нейния размер съдът намира за неоснователни.

Съгласно разпоредбата на чл. 72, ал. 4 от ЗУСЕФСУ при констатиране два или повече случаи на нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 се определя една корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, чийто размер е равен на най-високия процент, приложен за всяко от тях в акта по чл. 73, ал. 1. В случая административният орган е процедирал съобразно този законоустановен принцип. След като е определил поотделно финансова корекция за всяко установено нарушение в откритата процедура, представляващо нередност по смисъла на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване

на финансови корекции и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, административният орган е определил една обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи допустими разходи, като по този начин е спазил принципа за некумулиране на финансови корекции. Така за нарушенията, засягащи допустимите разходи по договора, с изпълнител Д. Консорциум „П.“, избран за изпълнител е определена една обща финансова корекция, чийто размер е равен на най-високия процент на корекцията, приложена за тези нарушения - 10 % за установеното нарушение на чл. 33, ал. 2 и ал. 4 от ЗОП.

Освен определеният процент на ФК, за да е законосъобразна наложената финансова корекция трябва правилно да е определена и основата, върху която се налага с оглед правилното определяне на размера на финансовата корекция. Размерът на финансовата корекция се определя като процент върху основата.

В случая основата, от която органът е определил финансовата корекция, са допустимите разходи по засегнатия договор, финансирани със средства от ЕСИФ, в съответствие с чл. 5, ал. 1 от Наредбата за нередностите. Трайна е съдебната практика в съответствие с чл. 1, ал. 1, чл. 70, ал. 1 и чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, че може да бъде отменена единствено финансовата подкрепа със средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, включващи и национално съфинансиране съгл. изменението на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, обн. в ДВ, бр. 85 от 2017 г. ФК е определена съобразно цитираните разпоредби върху стойността на допустимите разходи, финансирани със средства от ЕСИФ, поради което и основата на ФК също се явява законосъобразна.

С оглед на изложеното решението се явява законосъобразно, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

*По разноските по производство:*

При този изход на спора в тежест на жалбоподателя остават направените от него разноски. Ответникът претендира разноски за юрисконсултско възнаграждение, поради което и жалбоподателят следва да му заплати сумата от 200 лева на основание чл. 144 АПК вр. чл. 78, ал. 8 от ГПК вр. Закона за правната помощ вр. 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, 70 състав,

## **РЕШИ:**

**ОТХВЪРЛЯ** жалбата на ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] срещу решение за определяне на финансова корекция № ФК-3/21.02.2022 г. на Ръководител на УО на ОПТТИ 2014-2020 г. по одобрен проект № BG16M10P001-1.001- 0003 „Рехабилитация на железопътната линия П.-Б., Фаза 2“, с което е определена финансова корекция на бенефициера в размер на в размер на 10 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по Договор № 6567/03.10.2019 г. с предмет: „Проектиране и изграждане на системи за сигнализация и телекомуникации по железопътната линия П.-Б.“ по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2“ на стойност 184 999 094,47 лв. без ДДС и с изпълнител Д. Консорциум „П.“.

**ОСЪЖДА** ДП „Национална компания железопътна инфраструктура“, ЕИК:[ЕИК], с адрес: [населено място], [улица] да заплати на Министерство на транспорта, информационните технологии и съобщения направените по делото

разноски за юрисконсултско възнаграждение в размер на 200 лева.  
Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния  
административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

**СЪДИЯ:**