

РЕШЕНИЕ

№ 25953

гр. София, 04.12.2024 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 15 състав,
в публично заседание на 05.11.2024 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Росица Цветкова

при участието на секретаря Антонина Митева, като разгледа дело номер **8795** по описа за **2024** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по чл. 145 и сл. от Административно-процесуалния кодекс (АПК) във вр. с чл. 27, ал.4 от Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление (ЗУСЕФСУ).
Образувано е по жалба от ДП „Национална компания „Железопътна инфраструктура“ (ДПНКЖИ), със седалище и адрес на управление: [населено място], п.к. 1233, [улица], представлявано от инж. С. С. - Генерален директор, срещу решение за определяне на финансова корекция рег. № ФК - 11/21.08.2024г., издадено от Ръководителя на УО на Програма „Транспортна свързаност“ 2021-2027 (УО ПТС), с което на ДПНКЖИ е наложена финансова корекция в размер на 5 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 111235/26.04.2024 г., за обособена позиция № 6 с изпълнител „ДЖИ ПИ ГРУП“ АД, на стойност 748 690,74 лв. без ДДС. Жалбоподателят излага подробни доводи за незаконосъобразност на обжалваното решение, като постановено при нарушения на изискванията за форма и нарушение на материалния закон. Оспорва се изводът за допуснати нарушения на правилата на ЗОП и се възразява срещу липсата на мотиви,

обосноваващи в коя от трите хипотези по т. 11, б. "б" от Приложението попадат констатираните нарушения. Искане се отмяна на решението за налагане на финансова корекция и присъждане на разноските по делото.

Ответникът - Ръководителят на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспортна свързаност" 2021-2027, изразява писмено становище за неоснователност на жалбата. Претендира юрисконсултско възнаграждение в минимални размери за един процесуален представител. В съдебно заседание се представлява от държавен експерт Г. и държавен експерт Й., които поддържат становището и правят искане жалбата да се отхвърли.

Съдът, след като се запозна с представените по делото доказателства и взе предвид становищата на страните, приема за установено от фактическа страна следното:

С решение № 712 от 6 октомври 2020 година МС, на основание чл. 7, ал. 2, т. 3 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове решава функциите на управляващи органи на програмите, съфинансирани от Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд+, Кохезионния фонд, Европейския фонд за морско дело, рибарство и аквакултури, Фонда за справедлив преход, Фонд „Вътрешна сигурност“, Фонд „Убежище и миграция“ и Инструмента за финансово подпомагане на управлението на границите и за визите като част от Фонда за интегрирано управление на границите за програмен период 2021-2027 г., се изпълняват в частност от дирекция „Координация на програми и проекти“ на Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията за Програмата за транспортна свързаност.

Със заповед № РД – 08-397 от 30.08.2024г. министърът на транспорта и съобщенията е оправомощил директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ М. Г. да изпълнява функциите на ръководител на Управляващия орган на Оперативна програма "Транспортна свързаност" 2021-2027, който е имал същото правомощие въз основа на заповед от 19.06.2023г. на същия орган.

Жалбоподателят е бенефициент за изпълнение на проект № BG16FFPR001-1.001-0001-C01: „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2 - Етап II“ по Административен договор № ДПТС-2/20.03.2024 г.

В изпълнение на сключения административен договор, директорът на ДП "Национална компания "Железопътна инфраструктура" е обявил открита процедура за възлагане на обществена поръчка, с предмет: „Проектиране и изграждане на 6 пътни надлеза в железопътни участъци Скуtare-Оризovo и Завой-Ц. на мястото на съществуващи прелези по проект „Рехабилитация на железопътната линия П. - Б., Фаза 2”, с шест обособени позиции, като обособена позиция № 6 е с предмет „Проектиране и изграждане на 1 нов пътен надлез на км. 219+390 в гара Ц.“.

В резултат на проведената процедура по ОП № 6 „Проектиране и изграждане на 1 нов пътен надлез на км. 219+390 в гара Ц.“ е сключен договор № 111235/26.04.2024 г. с изпълнител „ДЖИ ПИ ГРУП“ АД, на стойност 14 973 814,89 лв. без ДДС.

При извършена проверка от страна на УО на проведената процедура са направени констатации, че при провеждане на обществената поръчка са допуснати нарушения на ЗОП. С писмо с рег. № 10-22-437 от 30.07.2024г. бенефициерът е уведомен за тези констатации и за предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност да направи възражения и да представи доказателства. В отговор жалбоподателят е депозирал възражения с писмо вх. № 10-22-437/12.08.2024г. Ръководителят на УО на ОПТ е разгледал и обсъдил възражението на жалбоподателя, но го е счел за неоснователно и издал оспореното решение, с което на ДПНКЖИ е наложена финансова корекция в размер на 5 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 111235/26.04.2024 г., за обособена позиция № 6 с изпълнител „ДЖИ ПИ ГРУП“ АД, на стойност 748 690,74 лв. без ДДС. Фактическите и правни основания, при които е издаден административният акт, са следните:

А. Констатация 1: Ограничителни условия или изисквания

В Раздел III. „Правна, икономическа, финансова и техническа информация“, III. 1) Условия за участие, т. III.1.3) „Технически и професионални възможности“ от Обявлението за обществената поръчка, в точка 3 възложителят е изискал: „Участникът трябва да прилага системи за управление на качеството“, като в т. III.1.2), „Продължава от раздел III.1.3) „Участникът трябва да има внедрена система за управление на качеството, сертифицирана съгласно стандарт БДС EN ISO 9001:2015 или еквивалент, с обхват на сертификация, включващ строителство на

обекти/елементи от транспортната инфраструктура, като в т. Ш.1.3) след т. 3 е посочил, че: ако участникът е обединение, което не е юридическо лице, съответствието с критерия за подбор пот. 1 и 2 се доказва от обединението участник, а по т. 3 от всяко от лицата, включени в него, което ще изпълнява съответната дейност съобразно разпределението на участието на лицата при изпълнение на дейностите, предвидено в договора/документ за създаване на обединението“.

При тази констатация, ръководителят на управляващия орган е обосновал следните правни и фактически изводи: Прилагането на система за управление на качеството, сертифицирана съгласно стандарт БДС EN ISO 9001:2015 или еквивалент, както и притежаването на валиден сертификат, не произтича от нормативен или административен акт и за системата не се изисква специална регистрация, поради което възложителят неправомерно е ограничил участието на лица в процедурата, в нарушение на чл. 59, ал. 6 от ЗОП, като е указал, че всяко от лицата, включени в обединението, доказват съответствието с поставените критерии за подбор, например: всяко от лицата, включени в обединението, трябва да имат внедрена система за управление на качеството ISO 9001:2015 или еквивалент, с което се нарушава правото на свободно договаряне между участниците в конкретно обединение за изпълнение на дейностите по изпълнение на поръчката. Горепосочено изискване е квалифицирано като нарушение на чл. 59, ал. 6 във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Административният орган е допълнил, че доколкото по обществената поръчка са получени 3 (три) оферти, от които 2 (две) са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. е налице конкуренция, нарушението попада в хипотезата по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) върху разходите по договора за обществена поръчка.

Б. Констатация 2:

(т. 1. 1 от решението) В Обявление за изменение или допълнителна информация (изпратено на 23.12.2022 г. и публикувано в РОП на 28.12.2022 г.), в Раздел „VII.2) Текст за коригиране в оригиналното обявление (3)“, в подраздел „Да се чете“ и в

Обявление за поръчка, с изх. № ЖИ- 52711/14.12.2022 г., в Раздел „VI.3) Допълнителна информация“, към „Гаранции и застрах.“: „точка 2. Гаранц. за обезпечаване гаранционния срок в размер на 3% от стойността без ДДС на изпълн. СМР-в 1 от сл. форми: банкова гаранция ши застраховка“, както и в проекта на договор, общ за всички обособени позиции, в т.ч. и за обособена позиция № 6, като част от документацията за участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка, в раздел IV. ГАРАНЦИЯ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ НА ДОГОВОРА. ДРУГИ ГАРАНЦИИ, в чл. 18, ал. 1 възложителя е записал: ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ обезпечава задълженията си за периода на гаранционна отговорност с представяне на гаранция в размер на 3 % (три процента) от стойността на договора, под формата на банкова гаранция или застраховка“.

При тази констатация, ръководителят на управляващия орган е обосновал следните правни и фактически изводи:

С горепосочено изискване възложителят ограничава участниците в обществената поръчка, както и определеният за изпълнител, да представят гаранция за обезпечаване гаранционния срок във форма - банкова гаранция или застраховка, вместо участникът сам да избере една от трите форми на гаранция (посочени в чл. 111, ал. 5 от ЗОП), каквото право е предоставено с чл. 111, ал. 7 от ЗОП. Поставеното изискване е квалифицирано като нарушение на чл. 111, ал. 7 във вр. с чл. 111, ал. 5 от ЗОП, попадащо в хипотезата по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) върху разходите по договора за обществена поръчка.

(т. 1. 2 от решението) В Обявление за изменение или допълнителна информация (изпратено на 23.12.2022 г. и публикувано в РОП на 28.12.2022 г.), в Раздел „VII.2) Текст за коригиране в оригиналното обявление (3)“, в подраздел „Да се чете“ и в Обявление за поръчка, с изх. № ЖИ- 52711/14.12.2022 г., в Раздел „VI.3) Допълнителна информация“, към „Гаранции и застрах.“: „точка 4. Гаранция при предоставяне на авансово плащане - представя се като банкова гаранция в оригинал“,

както и в проекта на договор, общ за всички обособени позиции, в т.ч. и за обособена позиция № 6, като част от документацията за участие в процедурата по възлагане на обществената поръчка, в раздел XX. ИЗМЕНЕНИЕ И ПРЕКРАТЯВАНЕ НА ДОГОВОРА, в чл. 75, ал. 1, т. 3.5. възложителя е записал: „.....Страните подписват допълнително споразумение за предоставяне на авансово плащане, след представяне от страна на ИЗПЪЛНИТЕЛЯ на безусловна неотменяема банкова гаранция - в оригинал, обезпечаваща авансовото плащане, покриваща 100 % размера на исканото авансово плащане.....”.

При тази констатация, ръководителят на управляващия орган е обосновал следните правни и фактически изводи:

С горепосочено изискване възложителят ограничава участниците в обществената поръчка, както и определеният за изпълнител, да представят гаранция за авансово предоставени средства във форма - банкова гаранция, вместо участникът сам да избере една от трите форми на гаранция (посочени в чл. 111, ал. 5 от ЗОП), каквото право е предоставено с чл. 111, ал. 7 от ЗОП. Поставеното изискване е квалифицирано като нарушение на чл. 111, ал. 7 във вр. с чл. 111, ал. 5 от ЗОП, попадащо в хипотезата по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) върху разходите по договора за обществена поръчка.

· т. 1. 3 и т. 1. 4 от решението:

В проекта на договора, част от документацията за обществената поръчка, в Раздел IV. „ГАРАНЦИЯ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ НА ДОГОВОРА. ДРУГИ ГАРАНЦИИ“, рубрика „Гаранции при извършване на окончателно плащане по реда на чл. 9, ал. 1, т.2, подт. 2.1, буква „г“ и подт 2.2, буква „г“ от договора“, в чл. 17 възложителят е посочил: „За извършване на окончателно плащане ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ представя безусловни, неотменяеми банкови гаранции - в оригинал, както следва:..... “.

При тази констатация, ръководителят на управляващия орган е обосновал следните правни и фактически изводи:

С горепосочено изискване възложителят ограничава участниците в обществената

поръчка, както и определеният за изпълнител, като 1. изисква гаранции извън изрично посочените в Закона за обществените поръчки – от една страна, а от друга – 2. не им предоставя възможност да изберат формата, в която да предоставят гаранцията (измежду формите, посочени в чл. 111, ал. 5 от ЗОП), каквото право е предоставено на участника в чл. 111, ал. 7 от ЗОП. Поставените изисквания са квалифицирани като две нарушения, съответно на чл. 111, ал. 7 във вр. с чл. 111, ал. 5 от ЗОП и на чл. 111, ал. 1 от ЗОП, и двете попадащи в хипотезата по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, за всяко от които е предвидена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) върху разходите по договора за обществена поръчка.

т. 2 от решението:

В Обявление за поръчка изх. № ЖИ-52711/14.12.2022 г., изпратено и публикувано в РОП на 19.12.2022 г. и Обявление за изменение или допълнителна информация, изпратено на 23.12.2022 г. и публикувано в РОП на 28.12.2022 г., в Раздел УП: Промени, в точка VII.2) Текст за коригиране в оригиналното обявление, „номер на раздел VI.3“ („VI.3 Допълнителна информация“), в подраздел, Да се чете“, възложителят е записал: Гаранции и застрах.:

1. Гаранция за изпълнение в размер на 5% от Договорната цена. Гаранцията се предоставя от Изпълнителя на Възложителя в една от формите, посочени в чл.111, ал.5 от ЗОП.
2. Гаранция за обезпечаване гаранционния срок в размер на 3% от стойността без ДДС на изпълнените СМР - в една от сл. форми: банкова гаранция или застраховка.
3. Застраховка за конкретния Обект по чл. 173 ал. 2 от ЗУТ във форма: застраховка.
4. Гаранция при предоставяне на авансово плащане - представя се като банкова гаранция в оригинал, обезпечаваща авансовото плащане, покриваща 100 % размера на исканото авансово плащане (с включен ДДС) При условията на чл.116,ал1, т.1 от ЗОП, може да се предостави авансово плащане до 10%от договорната цена без ДДС, след представяне на безусловна неотменяема банк. гаранция в оригинал, обезпечаваща аванс, плащане, покриваща 100% размера на исканото аван. плащане (с

вкл.ДДС) и със срок на валидност до окончателното му възстановяване/приспадане.....“.

В проекта на договора, част от документацията за обществената поръчка, в Раздел IV. „ГАРАНЦИЯ ЗА ИЗПЪЛНЕНИЕ НА ДОГОВОРА. ДРУГИ ГАРАНЦИИ“, рубрика „Гаранции при извършване на окончателно плащане по реда на чл. 9, ал. 1, т.2, подг. 2.1, буква „г“ и подг 2.2, буква „г“ от договора“, възложителят е записал:

„чл. 17. (1) За извършване на окончателно плащане ИЗПЪЛНИТЕЛЯТ представя безусловни, неотменяеми банкови гаранции – в оригинал, както следва:

1. Гаранция, обезпечаваща първата половина от окончателното плащане, в размер на 100 % от дължимата сума, със срок на валидност предварително определен от възложителя. Гаранцията се поддържа валидна до 30 дни след издаване на последния констативен акт за установяване на годността за приемане на строежа (приложени образец № 15 без забележки) за всички етапи от разрешението за строеж (ако е приложимо).

2. Гаранция, обезпечаваща втората половина от окончателното плащане, в размер на 100 % от дължимата сума, със срок на валидност предварително определен от възложителя. Гаранцията се поддържа валидна до 30 дни след издаване на разрешение за ползване от ДНСК.

При тази констатация, ръководителят на управляващия орган е обосновал следните правни и фактически изводи: С горепосочено изискване възложителят ограничава участниците в обществената поръчка, и задължава определеният за изпълнител да представя гаранции извън посочените в Обявлението да обществена поръчка, което представлява нарушение на чл. 111, ал. 4 от ЗОП. Административният орган е допълнил, че доколкото по обществената поръчка са получени 3 (три) оферти, от които 2 (две) са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. е налице конкуренция, нарушението попада в хипотезата по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) върху разходите по договора за обществена поръчка.

В обобщение административният орган е посочил, че независимо от констатираните повече от едно нарушения, доколкото процентът на финансова корекция не се натрупва, на основание чл. 7 от наредбата, ще бъде наложена корекция по констатация № 2, по т. 11, б. „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕФСУ, за която е предвидена финансова корекция в размер на 5 % (пет на сто) върху разходите по засегнатия договор. Посочил е, че в конкретния случай е неприложим диференциалният подход за определяне на финансова корекция, поради естеството на нарушението, и ще се приложи пропорционалният метод, на основание чл.5, ал.1 от Наредбата.

Фактическите основания, посочени като основание за определяне на финансова корекция, не са спорни по делото. Осъществяването им се установява от писмените доказателства, налични по преписката.

Административният орган е обобщил, че е налице нарушение по чл. 70, ал.1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, което е основание за налагане на финансова корекция, тъй като са налице ограничителни условия или изисквания, поставени в нарушение на чл. 11, ал. 4 и ал. 7, във връзка с чл. 111, ал.5 от ЗОП, във връзка с чл. 2, ал.1, т.1 и т. 2 от ЗОП и е определена финансова корекция в размер на 5 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 111235/26.04.2024 г., за обособена позиция № 6 с изпълнител „ДЖИ ПИ ГРУП“ АД, на стойност 748 690,74 лв. без ДДС.

При така установеното от фактическа страна съдът формира следните правни изводи: Жалбата е подадена в срок, срещу акт, за който изрично е предвидено, че подлежи на съдебен контрол, от адресата на акта, поради което е допустима.

Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Видно от приложената по делото заповед № РД-08-201/05.05.2022г. на министъра на транспорта, издалият оспореното решение М. Г. – и.д. директор на дирекция „Координация на програми и проекти“ в Министерството на транспорта е

оправомощен да изпълнява функциите на ръководител на УО на ОПТТИ. С оглед на това процесното решение е издадено от компетентен орган. Спазени са също изискванията за форма на административния акт и не са допуснати съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Видно от доказателствата по делото, жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане за тях на финансови корекции, като му е предоставена възможност за възражения и представяне на доказателства. Бенефициерът е упражнил това си право, като възраженията му са обсъдени от административния орган.

Актът е надлежно мотивиран - в оспореното решение са изложени фактическите констатации и приложимите материалноправни разпоредби, в това число във връзка с квалификацията на нарушенията и основанията за налагане на финансовата корекция. Противно на изложеното в жалбата, в решението е посочено, как е осъществено всяко от нарушенията, т.е. дали представлява зададено основание за отстраняване, критерий за подбор, критерий за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или техническа спецификация, която не е дискриминационна по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците.

За да съобрази материалната законосъобразност на оспореното решение, съдът взе предвид следното:

Преди всичко следва да се посочи, че нарушението, описано в констатация № 1 – нарушение на чл. 59, ал. 6 във вр. с чл. 2, ал. 2 от ЗОП, не е послужило за основание за налагане на финансовата корекция (това е изрично посочено от административния орган). Независимо от това следва да се посочи само, че според настоящия съдебен състав въведените изисквания за прилагане на система за управление на качеството, не представляват нарушение на чл. 59, ал. 6 от ЗОП нито в приложимата, нито в действащата към момента на постановяване на оспореното решение редакция на закона, тъй като макар изискването за прилагане на система за управление на качеството да не е предвидено в нормативен акт или административен акт и за него не се изисква специална регистрация, то несъмнено представлява критерий за подбор, свързан с професионална компетентност на изпълнителя в широк смисъл. В тези случаи законът също допуска подобно изискване да се доказва от всеки от съответните членове на обединението, съобразно разпределението на участието им в

изпълнението на дейностите, предвидено в договора за създаване на обединението. Т. уточнение се съдържа в направеното обявление и затова не може да се приеме, че е налице каквото и да било ограничително условие.

По отношение на т.нар. констатация № 2 от решението, в която са описани няколко нарушения, послужили като основание за налагане на една финансова корекция:

С оглед нормата на чл. 111, ал. 1 от ЗОП в приложимата редакция на закона (преди изм. с ДВ бр. 88 от 2023г., в сила от 01.01.2024г., възложителят може да изисква от определения изпълнител да предостави гаранции, които да обезпечат изпълнението на договора и/или авансово предоставените средства. Съгласно ал. 4 от същата разпоредба, предвидените гаранции и техният процент се посочват в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата, в поканата за потвърждаване на интерес, в поканата за участие в преговори или в обявата. Ал. 5 сочи формите под които се представят предвидените от възложителя гаранции – парична сума, банкова гаранция или застраховка, която обезпечава изпълнението чрез покритие на отговорността на изпълнителя, а ал. 7 изрично указва, че участникът, определен за изпълнител, избира сам формата на гаранцията за изпълнение или за авансово предоставените средства. Ал. 2 и ал. 3 указват какъв може да е максималният размер на гаранцията, обезпечаваща изпълнението на договора и на тази, която обезпечава авансово предоставените средства.

Анализът на приложимите разпоредби сочи, че законодателят не предвижда възможност възложителят да поставя ограничения във формата на гаранцията, която следва да се представи от участника, определен за изпълнител, било за обезпечаване на отговорността му по изпълнението на договора, било за авансово предоставените средства.

Съдът не приема възражението на жалбоподателя, че обсъжданата в т.1.2 на решението гаранция е вид гаранция, който не е уреден от ЗОП и респ. по отношение не нея правилата на ЗОП не се прилагат. Гаранционната отговорност е част от условията по изпълнението на договора, тя е предмет на този договор – чл. 63 и следващи от него, и в този смисъл посочената гаранция несъмнено представлява гаранция за изпълнение на договора. Неоснователни са възраженията на жалбоподателя, че предоставянето на аванс по договора е предвидено като изменение

на договора и в тази връзка нормата на чл. 111, ал. 7 ЗОП е неприложима. Хипотезата на чл. 116, ал. 1, т. 1 ЗОП не изключва приложението на чл. 111, ал. 5 и ал. 7 ЗОП, а дава възможност за изменение на вече сключен договор за изпълнение, когато промяната е предвидена в документацията и в договора чрез ясни, точни и недвусмислени клаузи и това не води до промяна на предмета на поръчката. Разпоредбата на чл. 116, ал. 1, т. 1 ЗОП се отнася до промяна на клаузи от договора, а не до промяна и съответно неприлагане на изричния законов текст на чл. 111, ал. 5 и ал. 7 ЗОП в условията за провеждане на откритата процедура, които следва да са съобразени с изискванията на ЗОП и задължителни за всички потенциални участници. Дори възложителят да е предвидил възможност за авансово плащане чрез изменение на договора по чл. 116, ал. 1, т. 1 ЗОП, тази възможност не следва да засяга законосъобразността на условията на процедурата. Неоснователно е възражението, че по отношение на авансовото плащане законът не е предвижда възможност гаранцията да се представя под формата на застраховка. В чл. 111, ал. 4 и ал. 5 от ЗОП законодателят използва думата "гаранции" в множествено число, т. е. визират се всички видове гаранции, поради което е ясно, че разпоредбите не се отнасят само и единствено до гаранцията за изпълнение. Ако целта на законодателя е била в обратния смисъл да предвижда, че само гаранцията, обезпечаваща изпълнението на договора, може да се представи във формата на застраховка, то това щеше да бъде указано изрично. От граматическото и систематично тълкуване на нормата на чл. 111, ал. 5 от ЗОП следва, че всичките три форми, в които може да се представят гаранциите, са относими към двата вида гаранции - за изпълнение и за авансово плащане. Този извод се допълва и историческото тълкуване на разпоредбата, в контекста на новата редакция на чл. 111 от ЗОП и създаването на нова алинея 7, която предвижда че гаранция под формата на застраховка може да се представи само когато стойността на авансовото предлаганите средства, съответно на гаранцията за изпълнение, е равна или по-малка от 500 000лв. Фактът, че с новата алинея, се ограничава само допустимостта на тази форма на гаранциите с оглед материалния интерес, също показва, че и преди създаването на този текст гаранция под формата на застраховка е била допустима по отношение на гаранцията за авансово плащане.

При тази правна рамка съдът приема, че жалбоподателят чрез описаното от

фактическа страна в решението по Констатация № 2, т. 1.1 и т. 1.2 е извършил нарушение на чл. 111, ал. 7 във връзка с чл. 111, ал. 5 от ЗОП, когато е поставил условия по отношение на формата на исканата гаранция за обезпечаване на задълженията за периода на гаранционната отговорност и на исканата гаранцията за авансовото плащане, като по този начин е ограничил възможностите за участие в процедурата на потенциални участници, т.е. необосновано е ограничена конкуренцията.

В допълнение следва да се посочи, че с въвеждането на гаранция за обезпечаване на гаранционния срок възложителят е надхвърлил лимитите, уредени в ал. 2 от ЗОП по отношение на гаранцията за изпълнение на договора. По този начин несъмнено се ограничава конкуренцията, тъй като прави поръчката достъпна за по-ограничен кръг субекти. Т. нарушение – по чл. 111, ал. 2 от ЗОП обаче не е изтъкнато от страна на административния орган.

На следващо място, съдът приема, че описаното от фактическата страна в решението по констатация № 2, т. 1.3 и т.1.4 не съставлява нарушение на чл. 111, ал. 1 от ЗОП, а нарушение на чл. 111, ал. 2 и чл. 111, ал. 7, във връзка с ал. 5 от закона, като аргументите за това са следните: Чрез т.нар. гаранция за извършване на окончателно плащане по същество се обезпечава изпълнението на договора и затова следва да се приеме, че това е вид гаранция за изпълнение на договора, допустима на общо основание, за която важат правилата на чл. 111, ал. 2 и ал. 7 във връзка с ал. 5. Чрез въвеждането ѝ в случая възложителят още веднъж е надхвърлил лимитите, уредени в ал. 2 от ЗОП по отношение на гаранцията за изпълнение на договора. По този начин допълнително се ограничава конкуренцията, тъй като прави поръчката достъпна за по-ограничен кръг субекти. Т. нарушение – по чл. 111, ал. 2 от ЗОП, обаче не е изтъкнато от страна на административния орган. Изискването тази гаранция да се предостави само и единствено под формата на банкова гаранция по изложените по-горе съображения представлява нарушение на чл. 111, ал. 7, във връзка с ал. 5 от закона.

Описаното от фактическата страна в решението по констатация № 2, т. 2 съставлява безспорно съставлява нарушение на чл. 111, ал. 4 от ЗОП, тъй като наред с другото, обсъдено по-горе, т.нар. гаранции за първата и втората половина на окончателното

плащане не са били посочени в обявлението, с което се оповестява откриването на процедурата по обществената поръчка.

По изложените съображения съдът приема, че бенефициерът е допуснал сочените от административния орган нарушения на 111, ал. 4 и ал. 7 във връзка с ал. 5 от ЗОП, които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ – налице е нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕФСУ. Правилно е преценено, че поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици и размерът на финансовата корекция следва да се определи по пропорционалния метод и в съответствие с вида на установените нередности. Административният орган правилно е определил размерът на финансовата корекция на 5% от допустимите разходи по договора с изпълнителя по ОП № 6, с оглед обстоятелството, че констатираните нарушения представляват нередност по т. 11, буква "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, доколкото е констатирано някакво минимално ниво на конкуренция – в рамките на процедурата са подадени три оферти, две от които допустими. Наред с това, правилно при констатирани два или повече случаи на нередност е определена 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 от ЗУСЕФСУ. В светлината на решение на СЕС от 04.10.2024г. по С – 175/2023г. следва да се посочи, че наложеният размер на финансова корекция - 5 % от допустимите разходи по договора, е минималната ставка от определените чрез наредбата единни ставки на финансови корекции и доколкото корекцията е в минимален размер, то няма основание изобщо до се поставя под въпрос нейната съразмерност.

По изложените съображения съдът приема, че оспореното решение като краен резултат е законосъобразно и жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора искането на процесуалния представител на ответника за присъждане на разноски в минимален размер е основателно предвид нормата на чл. 143, ал. 3 от АПК вр. чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24, изр. 2 от Наредбата

за заплащане на правната помощ и следва да бъде уважено чрез присъждане на юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лв.

Така мотивиран, Административен съд София - град, III-то отделение, 15-ви състав, на основание чл. 172, ал. 2 АПК

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ срещу решение за определяне на финансова корекция рег. № ФК - 11/21.08.2024г., издадено от Ръководителя на УО на Програма „Транспортна свързаност“ 2021-2027 (УО ПТС), с което на ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ е наложена финансова корекция в размер на 5 % от всеки допустим разход финансиран от безвъзмездна финансова помощ по договор № 111235/26.04.2024 г., за обособена позиция № 6 с изпълнител „ДЖИ ПИ ГРУП“ АД, на стойност 748 690,74 лв. без ДДС.

ОСЪЖДА ДП „НАЦИОНАЛНА КОМПАНИЯ ЖЕЛЕЗОПЪТНА ИНФРАСТРУКТУРА“ да заплати на Министерството на транспорта и съобщенията сума в размер на 300 лева за юрисконсултско възнаграждение.

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

СЪДИЯ: